

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**La clausula compromisisaria en el ordenamiento arbitral
español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luis Martinez Vazquez de Castro

DIRECTOR:

Miguel Frenech

Madrid, 2015

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN EL ORDENAMIENTO ARBITRAL ESPA-
ÑOL

Tesis doctoral que bajo la dirección de D. Miguel Fenech -
Navarro presenta el doctorando Luis Martinez Vázquez de Cas-
tro.

CURSO 81-82



BIBLIOTECA
DE DERECHO

A M I S P A D R E S

Cuando D. Miguel me propuso hacer la tesis sobre algún tema que tu viera relacion con el arbitraje, me quedé sorprendido en un principio ya que — ignoraba entonces la importancia de esta figura a nivel jurídico y económico — y durante la Licenciatura apenas la había estudiado.

Me aconsejó que primeramente leyera algunos libros de carácter general sobre el proceso arbitral. Y al mismo tiempo, que fuera estudiando las — normas arbitrales convencionales (Convenio de Nueva York de 1.958 y Convenio — de Ginebra de 1.961) y nuestra Ley interna de arbitraje, de 22 de Diciembre de/ 1.953.

Del estudio de estos documentos y de la lectura de aquellos libros, saqué las siguientes conclusiones:

1. La gran importancia del arbitraje a nivel comercial internacional como técnica de resolución de los conflictos privados de los empresarios y comerciantes.
2. Por el contrario, la poca importancia que ha merecido en España esta figura
3. Las importantes aportaciones que a nivel doctrinal podría hacer el estudio/ del proceso arbitral a la teoría general del proceso.

Una vez finalizada esta primera etapa, D. Miguel me propuso el tema de la tesis: la cláusula compromisoria.

La importancia de esta cláusula era evidente, ya que a nivel internacional o extranjero, el 80% de los contratos mercantiles contenían dicha — cláusula, que constituye el origen del proceso arbitral.

La investigación sobre el pacto compromisario presentaba diversos/ tipos de problemas:

1. Se trataba de un estudio interdisciplinar. Sobre este contrato convergían:
 - a. El Derecho Civil, como derecho común contractual.
 - b. El Derecho Procesal, ya que el arbitraje es una institución procesal.
 - c. El Derecho Internacional Privado, ya que nuestro Derecho Convencional Arbitral está, en buena medida, comprendido dentro de — aquel.

d. El Derecho Mercantil, ya que la cláusula se inserta normalmente en un contrato mercantil, sobre todo a nivel extranjero.

Había que establecer un equilibrio armónico entre estas disciplinas

2. Por otro lado, era necesario conjugar la visión teórica con el enfoque práctico del tema. Para ello, tuve que acudir a la jurisprudencia, no solo española, sino también extranjera.

3. Se podía enfocar el tema desde dos puntos de vista: el anglosajón, donde el arbitraje ha florecido sobremedida; y el continental, donde se considera esta institución como el pariente pobre de la justicia estatal.

Naturalmente, me incliné por la segunda concepción, a fin, como es lógico, a mi propio pensamiento jurídico.

4. La pobreza de las soluciones sobre la cláusula compromisoria en España, me obligó a acudir al Derecho Comparado. Escogí el Derecho francés y el Derecho italiano, por su parecido con el nuestro, porque se planteaban los mismos problemas que nos planteamos nosotros y por tanto sus soluciones podrían ser "trasplantadas" a Derecho español y por razones de lengua.

5. Por último, unas breves palabras sobre la bibliografía.

Me encontré con una extensa bibliografía en francés e italiano y — con muy poca en castellano. Esta bibliografía presentaba las siguientes características:

- a. En su mayoría se encontraba en los Departamentos de Derecho Procesal y Derecho Internacional Privado. Encontré también algunos artículos en los de Derecho Civil y Derecho Mercantil. No he tenido, por tanto, problemas para consultarla.
- b. La superficialidad de la misma. Tanto la parte de los Tratados/ sobre Arbitraje como los artículos de las revistas especializadas sobre la cláusula se repetían unos a otros, de tal manera que se diferenciaban únicamente en los nombres de los autores. Leído uno, leídos cien.
- c. Estos trabajos abarcaban siempre los mismos aspectos. No he encontrado ningún estudio general sobre el pacto compromisorio.

El curso de la investigación fue muy interesante. Hubo que salvar —

diversas dificultades:

- a. Las idiomáticas
- b. La comprensión previa del arbitraje, sobre todo a nivel internacional. Subrayo este obstáculo porque el Derecho Arbitral es — tan extenso como el Derecho Procesal en general .
- c. Los vacíos doctrinales sobre la gran mayoría de los temas relacionados con la cláusula compromisoria.

Durante la investigación, resultaron especialmente interesantes — las conversaciones con D. Miguel, en cuanto que me iba planteando cuestiones a resolver, de modo semejante a como se podría ir saltando vallas en una carrera de cien metros/obstáculos. Me ayudó a resolver dudas, en especial a tener una/visión general del proceso arbitral, el curso de Doctorado, que bajo la dirección de D. Miguel y D. José M^a. Chillón, se impartió en la Facultad durante el año académico 80-81, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Analizando brevemente el contenido de la tesis, se puede dividir — éste en tres partes: 1. Líneas generales — 2. Contenido teórico — 3. Contenido práctico.

Veamos cada una de las partes:

1. Líneas generales :

- a. No he pretendido hacer un Tratado sobre Arbitraje, sino el estudio de una figura concreta. Por consiguiente, soslayo multitud/ de problemas que solo tienen cabida en aquel.
- b. Los tratamientos que de la cláusula compromisoria hacen tanto — nuestra legislación convencional como el Derecho interno son — profundamente divergentes. A pesar de ello, procuro que las soluciones dadas a los problemas que plantea la cláusula sean lo/ más válidas posibles para ambos sectores de nuestro ordenamiento arbitral. Para ello he acomodado nuestra Ley interna de Arbitrajes al Derecho Convencional, que recoge, hoy por hoy, lo más avanzado de la doctrina arbitral. ES urgente una Ley interna de arbitraje lo más coherente posible con nuestro ordenamiento arbitral internacional.

- c. Con esta tesis, he pretendido hacer una teoría general de la —
cláusula compromisoria. Para ello he estudiado la cláusula com-
promisoria como un contrato normal.

2. Contenido teórico: las tres cuestiones clave de la cláusula compromisoria —
son:

- a. Naturaleza jurídica de la misma : ¿se trata de un contrato mate-
rial o procesal?. En cualquiera de los dos casos, ¿es un precon-
trato?.
- b. En íntima conexión con b anterior, se encuentra el problema de/
los efectos: ¿da lugar directamente a un proceso arbitral o sim-
plemente de la misma nace para las partes la obligación de con-
cluir un compromiso? ¿Fundamenta la cláusula la excepción de arbitra-
je? ¿Como se integra una cláusula compromisoria?
- c. Como cuestión clave para la autonomía del arbitraje en general, —
¿es autónomo el pacto compromisorio? ¿Pueden los árbitros en vir-
tud de la cláusula, fallar sobre su propia competencia?
- d. Junto con estas tres cuestiones, y con el objeto de examinar co-
mo este pacto crea y organiza el proceso arbitral, hay un capí-
tulo que he titulado Contenido. En él se tocan todos los extre-
mos referentes al proceso arbitral propiamente dichos.

3. Contenido práctico: son temas eminentemente prácticos los referentes al con-
sentimiento (donde he citado abundantes criterios jurisprudenciales), al ob-
jeto (intentando establecer una cierta lista de materias arbitrales), a la for-
ma y prueba, causa e interpretación.

1. NATURALEZA Y CARACTERES DEL ARBITRAJE

1. La importancia de la cláusula compromisoria en el tráfico jurídico internacional se deriva del hecho de que cuatro de cada cinco contratos internacionales contiene un pacto compromisorio, siendo esta proporción aún más elevada en el tráfico marítimo.

¿A qué se debe este éxito? A que las partes, por medio de este convenio, quieren recurrir al arbitraje como medio de solución de los conflictos que surjan entre ellos con ocasión del cumplimiento de su contrato.

Es decir, cuando dos o más partes suscriben un contrato, adquieren normalmente unas obligaciones recíprocas que se convierten en derechos exigibles frente a la otra u otras partes. Si el contrato prevé unas prestaciones cuya ejecución se realiza de forma instantánea, no suele plantear habitualmente más conflicto que el propio del mismo intercambio.

Lo normal, sin embargo, es que en torno a los contratos surja un conjunto de circunstancias de mayor o menor complicación, según los casos. Las relaciones comerciales, también las esporádicas, pueden tener consecuencias e implicaciones difícilmente previsibles; incluso en una simple compraventa de mercaderías, según se haya previsto la entrega del objeto vendido o el pago del precio. Si tienen cierta estabilidad, dan lugar siempre a una inevitable incertidumbre.

Cada vez suele ser más frecuente que los industriales coordinen sus esfuerzos para así incrementar sus posibilidades. El contrato de suministro de sociedad, de agrupación, el convenio de asistencia técnica o de transferencia de tecnología, los compromisos de colaboración conjunta en un proyecto o en un conjunto más o menos determinado de proyectos..., generan una vinculación, un indudable "vida en común" jurídica. Las partes entienden que, aunando esfuerzos, lograrán metas inaccesibles, inalcanzables, con mayor dificultad si no mediara esta común colaboración.

Ahora bien, los compromisos recíprocos de futuro se contraen en un momento de optimismo contractual. El "maridaje" mercantil o industrial es iniciado por el convencimiento de que el entendimiento futuro entre las diferentes partes del acuerdo no planteará especiales problemas. La experiencia se encarga de comprobar el optimismo inicial puede convertirse —y de hecho así— acaece en algunos casos— en pesimismo sobrevenido por muy diferentes motivos : diversidad de estrategias industriales o comerciales, fricciones personales, — mentalidad diferente en el caso de distinta procedencia geográfica, territorial o étnica de las partes, dificultades de abastecimiento, épocas de crisis, etc. Son los momentos difíciles de la relación común, es la hora del conflicto.

Cuando las partes hayan comprobado el fracaso de su intento de — arreglar de común acuerdo, sus diferencias, consultan a sus respectivos abogados. Puede suceder incluso que estos lleguen a una transacción de manera más o menos amistosa, pero ya en el plano legal. Si este no es posible, se hace necesario acudir a una persona independiente solicitándole soluciones al conflicto. Como primera medida, el abogado tradicional y, en general, también el empresario, vista la imposibilidad de toda negociación, piensa directamente en el proceso judicial. Es decir, solicita del juez que dicte una sentencia aclarando — los puntos conflictivos de la relación contractual y eventualmente imponiendo/ su decisión. La solución judicial tiene indudables ventajas en cuanto viene — respaldada por el Estado, a quien en todo momento representan los funcionarios/ y, sobre todo, por el enorme prestigio que tienen en muchos países, entre ellos España, los componentes de la carrera judicial. Sin embargo, presenta, entre — otras los siguientes defectos, especialmente en lo que se refiere a los conflictos mercantiles. (1) :

- a) Lentitud: la decisión judicial es necesariamente lenta. Así lo exige la garantía de la seguridad jurídica.
- b) La dilación puede convertir el proceso judicial en una solución costosa. — Basta considerar los honorarios que las partes pagan a lo largo del proceso y/ las costas que éste lleva consigo. El proceso judicial es caro y se encarece —

en la medida en la cual se prolonga su mismo desarrollo o su revisión

c) Necesidades de especialización: El conflicto es resuelto por un funcionario de carrera con gran preparación pero frecuentemente carente de la necesaria especialización para conocer del conflicto que se plantea y, sobre todo, desprovisto de la mentalidad propia de los hombres de negocios que suscribieron el contrato del cual emergen las dificultades .

El juez dictará la solución al conflicto aplicando el sentido común. Normalmente hará justicia, no por sus conocimientos técnicos de la materia, sino por el sentido común que la función jurisdiccional desarrolla con los años. Su mentalidad de funcionario se reflejará muy probablemente en la resolución definitiva, acostumbrando a dar mayor importancia a los aspectos formales de la relación contractual que a la verdadera intención de las partes. Sólo quien conozca y viva a fondo las costumbres del sector profesional en cuestión podrá dictar — sentencia con arreglo a la mentalidad del ramo en los que se concibió el contrato.

d) Publicidad: La intervención judicial, también por inevitable exigencia de la seguridad jurídica debe desarrollarse con publicidad. Las partes, aireando el conflicto, enconan sus posiciones y lo que en un primer momento quizá fueron leves diferencias de matiz contractual puede agudizarse hasta el punto de poner en peligro la posible colaboración de las partes. La publicidad tiene inevitables consecuencias fiscales y monetarias de eventual perjuicio, tanto para unos como para otros, en ocasiones de extremada gravedad y con frecuencia no puede sino separar a las partes. La decisión judicial implica, en consecuencia, la ruptura de la relación en común mercantil (2), cuando muy bien puede suceder que el interés de las partes sea exclusivamente arreglar los concretos puntos de fricción salvando por el bien de todos la continuidad de la colaboración conjunta.

El arbitraje puede aparecer como la solución más apropiada en los conflictos comerciales para evitar las consecuencias indicadas.

El eterno dilema del derecho regulador de los negocios, y muy especialmente del derecho mercantil aflora una vez más. Con especial virulencia lo hace cuando se trata de solucionar conflictos derivados de la ejecución o interpretación de relaciones contractuales. La normativa jurídica, al intentar captar con sus categorías reguladoras —necesariamente estáticas— algo tan dinámico como es el tráfico comercial, debe optar en favor de su seguridad o de su agilidad. Si se decide por la primera, las partes resuelven sus conflictos lentamente, garantizando sus derechos con exigencias procesales y con eventuales recursos posteriores de la sentencia. Si se refiere a la agilidad, no se centrará tanto la atención en los resortes que aseguren el carácter equitativo de la solución como en la rapidez con que esta sea obtenida. El arbitraje ha surgido en la práctica, del mismo mundo de los negocios, como respuesta a una exigencia del tráfico comercial. Junto a la posibilidad de acudir al proceso judicial, el empresario y especialmente el comerciante, han deseado hacer uso de soluciones más ágiles. Saben que en muchos casos la rapidez es económicamente más ventajosa que una solución a medio o largo plazo.

Esa misma realidad palpitante del tráfico comercial ha ido modelando el proceso arbitral. Principalmente introduciendo en algunos casos una combinación de agilidad con una cierta seguridad en la solución de los conflictos, especialmente en aquello que por su magnitud pueden hacer conveniente ciertas cautelas. Así ha surgido por ejemplo el arbitraje administrado. De esta forma, el arbitraje puede llegar a ser un arreglo más rápido, más económico y más técnico. En todo caso, las diferencias que separan a las partes no tienen repercusión pública y permanecen en el marco del secreto profesional de quienes desempeñan la jurisdicción arbitral. El arbitraje tranquiliza a las partes, — pues saben que dominan de común acuerdo su procedimiento .

Las ventajas del arbitraje sobresalen si el conflicto tiene carácter internacional, bien por las circunstancias que rodean al objeto de la contienda o por la residencia de las partes en diferentes países.

Baste recordar la lentitud que puede tener todo proceso iniciado en un país y que tenga repercusiones internacionales. Cualquier notificación/ o prueba para la que se exija la cooperación de jueces extranjeros implica el mecanismo de la comisión rogatoria, lo que implica una cierta lentitud en el procedimiento.

La ausencia de una jurisdicción interestatal, cuya inmediata instauración es impensable además de problemática, ha potenciado en gran manera durante los últimos años el arbitraje comercial internacional. Mucho más si se tiene en cuenta la evolución de las economías en los diferentes países, presididas por una fuerte intervención estatal. Hoy en día resulta frecuente ver implicado directa o indirectamente al Estado en contratos mercantiles. Cuando aquel o sociedades nacionalizadas han suscrito contratos con empresas de diferente nacionalidad, el sometimiento a la jurisdicción de uno de ambos países/ pone en peligro la necesaria neutralidad que debe presidir cualquier decisión. Resulta por hipótesis en cierta manera inconcebible que un Estado o la empresa nacional de un país se someta a los tribunales de otro. De ahí el desarrollo del arbitraje comercial internacional o extranjero muy especialmente cuando las partes del contrato son empresas o personas de derecho público o con funciones paraestatales.

En consecuencia (3) el arbitraje proporciona el mejor sistema para resolver los litigios comerciales de carácter internacional. De hecho, podríamos terminar, se trata del único sistema imparcial ampliamente aceptado en la mayoría de los países del mundo, de que disponemos en la actualidad.

El éxito de la cláusula compromisoria depende precisamente del éxito que el proceso arbitral tiene en el ámbito mercantil internacional (4) .

NOTAS :

- (1) BERNARDO M. CREMADES, España ante el Arbitraje comercial, Internacional, - ESTUDIOS SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Centro de Estudios Comerciales, Madrid 1.979, pag. 12.
- (2) La cláusula compromisoria, en el ámbito internacional, aparece referida, en la casi totalidad de los casos a contratos mercantiles.
- (3) DONALD B. STRAUSS, Discurso de apertura del VI Congreso de Arbitraje Comer

cial Internacional, MEJICO, 1.978.

- (4) Como dice un autor (ANTONIO REMIRO BROTONOS, Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS S.A., Madrid 1.980, pág. 6), "la estampa que acabamos de presentar podrá parecer a más de un lector esterotipada y exageradamente acrítica, propia de las páginas de promoción de un producto que se quiere introducir en el mercado. Una modesta pesquisa histórica le permitiría conocer como la creación y potenciación del arbitraje institucional ha permitido a los importadores de ciertos productos básicos y materias primas consolidar situaciones de superioridad respecto de los exportadores de países de inferior desarrollo, prácticamente obligados a pasar por centro permanentes de arbitraje apadrinados por poderosas asociaciones profesionales a las que pertenece una de las partes en la diferencia. A partir de ahí no faltarán los dispuestos a denunciar la imposición de hecho de una parte —fuerte y organizada— a la otra —débil y aislada— de un contrato tipo o unas condiciones generales que incluyen una cláusula compromisoria en virtud de la cual esta —consentirá un arbitraje en el que lugar, árbitros y normas reguladoras —tendrán todas la necesidad de aquella. Al apuntar esta línea argumental, esquemática y con alguna onza de efectismo populista, no se trata de exhibir un banderín de enganche para la contestación del método, sino sólo de rebajar los caldos del triunfalismo con los derivados de un análisis honesto de la realidad".

Sin embargo, a pesar de los pesares, el 80 % de los contratos internacionales mercantiles incluyen un pacto compromisario.

Además, sobre el arbitraje en general hay hoy una abundante bibliografía y revistas propias, las cuales irán siendo progresivamente citadas. Sobre recopilaciones, hace treinta años, la cámara de comercio Internacional auspició un volumen de hojas cambiables, COMMERCIAL ARBITRATION AND THE LAW THROUGHOUT THE WORLD (inglés-francés), Basiles 1.949 — (supl. 1.951, 1958, y 1.964), que ofrecía información acerca del arbitraje en unos sesenta países. ARBITRAGE INTERNACIONAL COMERCIAL (francés inglés) es obra de tres vols. (1.956, 483 págs; 1.960 400 págs. y 1.965/420 págs.) dirigida por P. Sanders bajo el patrocinio de la unión internationale des Avocats (UIA) y publicada en la Hay. Su propósito es similar. La Associazione Italiana per L'Arbitrato (A.I.A.) publicó en Roma, 1.974, una recopilación de CONVENTIONS MULTILATERALES ET M. SCHMITTHOFF — ha cuidado, por su parte la edición de un volumen de hojas cambiables, — compuesto por cerca de medio centenar de convenios, proyectos de ley uniforme, disposiciones estatales y reglamentos de centros de arbitraje, — aparte de ciertas colaboraciones internacionales: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Londres / Dobbs Ferry, N.Y. 1.974-1975. Un segundo volumen se editó en 1.976. En 1.979, ha salido una nueva edición de la obra, completamente revisada en tres volúmenes, bajo la dirección de K.R. SIMMONDS Y C.M. SCHMITTHOFF, el último de aquellos dedicado al convenio de Nueva York de 1.958, incluyendo trabajos preparatorios y jurisprudencia/

acerca de su aplicación. En el vol. II se incluye una amplia bibliografía preparada por J.D.M. LEW.

2. Una vez examinada la importancia del arbitraje, vamos a considerar cual es su naturaleza y estaremos en disposición de dar un concepto del mismo. El tema es importante en cuanto nos ayudará a resolver algunos problemas que analizaremos más adelante.

Tradicionalmente, tres teorías han pretendido explicar la naturaleza del arbitraje : (1)

Teoría CONTRACTUAL: Parte principalmente del momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso o la cláusula compromisoria. Teniendo las partes facultad de disposición sobre el propio derecho, pudiendo renunciarlo y transigirlo, pueden así mismo resolver los conflictos surgidos en la forma que estimen más conveniente incluso concediendo facultades a un tercero para que para que lo resuelva , en cuyo caso la resolución del tercero deviene obligatoria para las partes, al haber sido aceptado de antemano por ellas. La resolución arbitral es equivalente a un contrato, aunque el Estado le conceda unos determinados efectos jurídicos similares a los jurisdiccionales, que no se producen empero por la mera intervención del árbitro, sino más bien por concesión del Estado.

Dentro de esta línea queremos destacar aquella que considera el arbitraje como un contrato de derecho privado ya que, ha influido de manera decisiva en nuestra ley interna de arbitrajes, cuyo título -Arbitrajes de derecho privado - es suficientemente expresivo al respecto.

Según esta teoría (2) entre el derecho material, pacífico y el derecho procesal, litigioso, existe todo un mundo intermedio en el que viven toda una serie de instituciones jurídicas, a caballo, por decirlo así, entre lo material y lo procesal (3). Mientras la sentencia del juez vale en cuanto órgano del Poder público que liga al súbdito con o contra su voluntad. Si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque estas han aceptado previamente su decisión; el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los con

tendientes, no de su sujeción, porque si el resultado no es libre "in effectum" ha sido libre "in causa", y tiene, por tanto, fuerza para obligar, porque — ellos quisieron que se les obligara. De ahí que el árbitro no sea un juez, ni/ el arbitraje un fenómeno procesal sino material o sustantivo (4), que por razón de la función constituye un contrato de decisión, mientras que por su estructura es un contrato de tracto procedimental (5). Pero no existe un único — contrato, el principal de compromiso, sino además un segundo contrato ulterior, — consistente en un contrato de cambio (6), cuya verdadera naturaleza, oscilante entre el mandato y el arrendamiento de servicios, se inclina más bien por el — primero (7). En el proceso arbitral no hay demandante ni demandado, sino partes en conflicto; no existiendo tampoco una verdadera pretensión, sino tan solo peticiones y reclamaciones (8). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en/ diversas ocasiones se ha inclinado por la naturaleza contractual del arbitraje.

Así la St. de 2 Mayo 1.962 dice que "el Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de sus intereses materiales, les/ permite que la resolución de sus litigios civiles en los que no haya implícito/ un interés único, se entregue por ello, no a los tribunales estatales, sino a — un organismo extraoficial denominado arbitraje, que funciona en instancia única, el que, si bien de tipo unitario, tiene la variante opcional de la forma en que deben fallar los árbitros, según que estos tengan que hacerlo con arreglo a derecho o sólo con sujeción a su saber y entender, esto es, con equidad, la que/ ni admite en principio, grados funcionales ni jerarquías jurisdiccionales, porque la unicidad es consustancial a su naturaleza, y como estos árbitros —al contrario de lo que sucede con los de Derecho— no deciden con arreglo a un procedimiento prefijado ni con sujeción a Derecho. No se les puede imputar errores — "un iudicando" ni "in procedendo".

Más claramente la St. de 21 Noviembre de 1.963 declara que "consecuencia del principio dispositivo, se concede a los ciudadanos libertad para resolver sus diferencias de orden privado, mediante la designación por ellos de — la persona que deba pronunciarse sobre el conflicto planteado, encomendando su/

resolución a un organismo extraoficial denominado arbitraje, al que las partes comprometientes le confieren la facultad de juzgar en un caso concreto mediante el contrato de compromiso, que es el que da vida a toda institución arbitral, contrato en el que hay que determinar detalladamente la controversia sobre lo que las partes pueden disponer validamente, por ser ella la que fija los límites de la potestad arbitral, dado que los árbitros solo la tienen para fallar sobre los puntos sometidos expresamente a su decisión en la escritura de compromiso y por ellos aceptada, pues, por quedar sujetos al principio de congruencia, solo pueden resolver las cuestiones que las partes comprometientes les fijan y ellos aceptan en el contrato dación y recepción de arbitraje".

NOTAS

- (1.) Para un estudio sobre este tema, ver SERRA DOMINGUEZ; ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL, NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE; ARIEL, Barcelona 1.969, pags. 571 y ss.
- (2.) El máximo defensor de la teoría contractualista en España, es el profesor GUASP que influyó decisivamente en la Ley de 1.953: EL Arbitraje en el derecho español, Ed. Bosch, Barcelona 1.956, pags. 11 y ss.
En Italia destacamos: SATTA, Contributo alla teoria dell'arbitrato, Milan, 1.931; y Diritto processuale civile, Padua 1.957, págs. 631. También Costa/ Manuale di diritto processuale civile; Turín 1.965, pág. 80.
En Francia, decidido partidario de esta tesis es WEILL, Les sentences arbitrales en droit international privé, París 1.906.
En España, sigue esta tesis OGAYAR AYLLON, RECURSOS CONTRA EL LAUDO ARBITRAL, Revista general de legislación y Jurisprudencia, Febrero de 1.953, -separata.
- (3.) GUASP, op, cit. pag. 16
- (4.) " , " " " 22
- (5.) " , " " " 23 a 25
- (6.) " , " " " 38 a 41
- (7.) " , " " " 144
- (8.) " , " " " 158 y 159.

3. Teoría JURISDICCIONAL : se incluyen dentro de esta teoría a todos aquellos que observando la función desarrollada por los árbitros y su calidad de definidores del derecho que debe regir en un caso concreto, se inclinan por atribuirles función jurisdiccional. Para explicar el fenómeno se acude normal -

mente a la atribución por parte del Estado de función jurisdiccional a los árbitros en el mismo momento en que son nombrados por las partes y con carácter limitado al asunto concreto sometido a su examen. Poco importa a efectos de esta teoría que se admita o no el carácter contractual del compromiso o cláusula compromisoria; lo realmente importante es la atribución a los árbitros de funciones jurisdiccionales (1).

Ha dicho Fenech (2) que no importa la designación de los árbitros y el modo como adquieren su poder, sino lo que hacen, o sea, su función. Y tras examinar las características de las sentencias, que este autor reduce a tres: la obligatoriedad, la ejecutoriedad incondicional y la imperatividad frente a los demás jueces o cosa juzgada, concluye que la teoría contractual explica solamente el carácter obligatorio del laudo arbitral, único efecto al que pueden someterse las partes, pero no la ejecutoriedad y la imperatividad de la sentencia arbitral a la que no pueden someterse ni transmitir tales poderes por la sencilla razón de que no los tienen (3). Son tres a las conclusiones que llega este autor: no se opone a la jurisdiccionalidad el que los árbitros carezcan de poder coercitivo; el compromiso es contrato de derecho público, lo mismo por su efecto positivo que por el negativo, o sea, es una prórroga de jurisdicción; y aunque sea discutible, incluso el arbitraje extranjero debe reputarse jurisdiccional.

Las conclusiones de Fenech reciben un fuerte apoyo en la distinción que se hace entre Autoridad y Potestad, de las cuales la primera será jurisdiccional por excelencia. Como ejemplo de la fecundidad de la distinción, señala Carreras, (4) la institución arbitral en que la decisión o declaración de derecho incumbe a los árbitros, carentes de toda potestad e invirtiendo los términos tradicionales afirma que en el arbitraje el juez actúa no en el ejercicio de su misión primordial, sino como funcionario auxiliar de la labor del árbitro; y precisando la distinción reafirma que siendo la Autoridad jerárquica y aterritorial, puede ser atribuida por las partes a unos árbitros no funcionarios por medio del compromiso; la potestad en cambio, por su caracter

ter público y territorial no puede nunca atribuirse a los sujetos privados y sólo puede ser ejercida por quienes integran los órganos estatales.

Recientemente el profesor FENECH (5) ha escrito que es bien sabido — que la institución del arbitraje se puede contemplar desde una doble perspectiva. Desde una de ellas, el llamado arbitraje interno o nacional, regido por — las normas jurídicas de cada país, constituye un medio de dirimir y decidir — los litigios o controversias surgidas en las relaciones entre particulares, — por decisión de un tercero, también particular, en lugar de hacerlo los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado.

Puede decirse, sigue diciendo, que un principio fue el arbitraje, el modo con que los pueblos primitivos resolvían sus conflictos cuando aun no existía la compleja organización estatal, una de cuyas funciones fue proporcionar a los ciudadanos un modo de poner fin a sus controversias. Pero al monopolizar el Estado la función jurisdiccional, hubo de rodear esta función de una serie de garantías, para que los ciudadanos tuvieran confianza en las decisiones de un juez que no habían elegido ellos mismos. Las normas de procedimiento garantizan a los particulares la corrección del proceso y de la decisión.

Ahora bien, la función jurisdiccional del Estado se escinde en dos — aspectos: la función de declaración que se ejerce a través del conocimiento — que adquiere el juez en el curso del proceso y que se plasma en la sentencia; y la función de ejecución, en la que el juez, en virtud de la potestad pública de que está investido como miembro del Estado, sustituye la voluntad del particular condenado en la sentencia y realiza coercitivamente los actos jurídicos necesarios para que se cumpla la sentencia, cuando la parte afectada no los — realiza voluntariamente.

Pero así como el Estado, mediante la institución del arbitraje interno, renuncia a la función de declaración de sus jueces y concede la autoridad de la decisión jurisdiccional a los árbitros, retiene el monopolio de la ejecución en todo caso, porque la ejecución —tanto de la sentencia judicial como la del laudo o sentencia arbitral— exige que el ejecutor tenga la "potestas" de —

la que sólo, está investido el juez que ejerce la potestad pública del Estado. ¿Y cómo conecta el arbitraje internacional con el arbitraje interno?. Sigue diciendo Fenech (6) que lo hace a través de la sentencia judicial extranjera. La sentencia dictada en otro país, que puede afectar a alguno de sus súbditos, de sus residentes, o de los bienes de unos y otros.

Un estado puede reconocer AUCTORITAS de un Tribunal extranjero para — que su sentencia tenga el mismo valor que la sentencia nacional, siempre que — concurren en el caso concreto los presupuestos, requisitos y condiciones que para su posible ejecución, exija la legislación interna. No olvidemos que la legislación interna está constituida en estos casos no solo por las leyes nacionales sino también por los tratados internacionales suscritos por ese país. (6)

NOTAS

- (1) Dentro de los autores que sostienen esta teoría subrayando a SERRA DOMINGUEZ op.cit. pags. 580 y ss; ALCALA ZAMORA, ENSEÑANZAS Y SUGERENCIAS DE ALGUNOS — PROCESALISTAS SUDAMERICANOS ACERCA DE LA ACCION, en ESTUDIOS EN HONOR DE HUGO ALSINA, BUENOS AIRES, 1.946, pag. 780 nº. 50. PRIETO CASTRO, EL ARBITRAJE SEGUN LA LEGISLACION Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, en "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil " MADRID; 1.950 T. II, pags. 435 y ss. Dentro de la doctrina italiana, destacamos a VECCHIONE, L'Arbitrato nel sistema del PROCESSO CIVILE, Nápoles 1.943, pags. 28 a 45 y también — L'Arbitrato, Milán 1.959.
- (2) FENECH-CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal, Ed. BOSCH., Barcelona 1.962, — pags. 417 y ss.
- (3) FENECH-CARRERAS, cit. pag . 419.
- (4) FENECH-CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal, op. cit, pag. 111.
- (5) FENECH, ARBITRAJE EN LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE EMPRESARIOS DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA Y DE LA AMERICA LATINA; Revista jurídica española la LEY, números 192-193.
- (6) FENECH, Arbitraje en las relaciones ..., op.cit. , Revista jurídica española la " la LEY ", número 192, pág . 1.

4. La doctrina especializada moderna considera la institución arbitral como — AUTONOMA, ni contractual, ni jurisdiccional, sino participando de ambos caracteres lo cual hace que el arbitraje tenga un perfil propio, autónomo. Así se dice (1), se impone una visión sincrética en la naturaleza jurídica del arbitraje.

Desgajada del Derecho contractual, aunque unido a él parcialmente gracias a la cláusula compromisoria y al compromiso; y desgajada también del Derecho Procesal, aunque unido a él por razón de sus propios efectos.

No se trata de negar la naturaleza procesal y/o contractual del arbitraje, sino de armonizar y ensamblar ambas posiciones.

Un defensor de esta postura intermedia (2) distingue en la génesis del arbitraje tres momentos diferentes: aquel en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, que es negocio de Derecho Privado; aquel otro, en que la voluntad cristaliza en un documento y se endereza a lograr un acto de marcada condición recepticia (la aceptación), engendrador de un vínculo que surge entre los litigantes y el árbitro y que se asemeja a un mandato ; aquel otro momento, finalmente, en que investidos los árbitros de un poder que está en potencia en la Leya que así lo reconoce, pero que se traduce por obra del compromiso, ejercen una actividad pública, la de juzgar; y ello, porque el Estado al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional, como de persona a quienes, concurriendo determinadas circunstancias atribuyen la facultad de juzgar, para un caso concreto.

Por lo expuesto, concluye un sector doctrinal (3) se deduce que el arbitraje no cabe en el ámbito de la contratación privada. Podríamos decir que la postura contractualista es materialmente insuficiente. Ni tampoco puede asimilarse al proceso jurisdiccional, del que la separan diferencias acusadísimas, por lo que resulta formalmente excesiva.

Es materialmente insuficiente la postura contractualista dicen/ estos autores, porque no conviene a todos los elementos ^{que} se compone la institución del arbitraje y solamente explica alguno de sus elementos (compromiso, dación y recepción de árbitros y procedimiento arbitral):

Es formalmente excesiva la postura procesalista o jurisdiccional, porque pretende considerar el juicio arbitral como juicio de cognición y el laudo como sentencia perfecta de declaración,

El arbitraje, se concluye, es jurisdicción convencional; con esta expresión se quiere decir dos cosas:

a) Es convencional el arbitraje desde aquel momento en que las partes perfeccionan un contrato de compromiso, que es negocio de Derecho Privado; así mismo es, convencional en aquel otro acto, engendrar de él un vínculo jurídico entre litigantes y árbitros y que crea una relación de servicio desde el instante en que se da la aceptación por los terceros llamados a dirimir. En cuanto al procedimiento o tramitación arbitral estamos ante un contrato de tracto/procedimental, en que cada uno de los elementos que lo componen funcionan como/requisito de admisión del siguiente, como condición de eficacia del anterior.

b) Es jurisdiccional la institución que nos ocupa, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado y se/trastocan en procesales, al otorgarles la Ley la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas.

NOTAS

- (1) FOUCHARD, L'arbitrage Commercial International, Dalloz, 1.965, pág. 9.
RUBELLIN-DEVICHI, Nature juridique de L'arbitrage, librairie generale de — droit et de jurisprudence, París 1.966, nº. 581; ROBERT; Traité de l'arbitrage civil et commercial, Dalloz 1.972, pág. 210.
- (2) SILVA MELERO, EL COMPROMISO en REV. y Leg. 1.932 págs. 436 y ss.
- (3) CHILLO-MERINO, Tratado de Arbitraje Privado interno e internacional Ed. — Cívicas, Madrid, 1.978, pág. 101.

5. Como se observa, la doctrina no ha llegado a una solución pacífica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Resumiendo nuestra postura personal acerca — del tema podemos decir lo siguiente:

1-Los árbitros ejercen una función jurisdiccional (1). El Estado/renuncia a la función de declaración de sus jueces y concede la AUCTORITAS de la decisión jurisdiccional a aquellos.

2-El árbitro realiza una actividad jurisdiccional que, debe des — arrollarse a través de un proceso regido por normas de procedi-

miento. (2).

3-A este proceso regido por normas de procedimiento denominamos -
PROCESO ARBITRAL o ARBITRAJE.

4-El creador de este proceso arbitral es la cláusula compromisoria
o el compromiso, siendo ambos contratos procesales.

En consecuencia, no existe ninguna duda para nosotros de que estamos ante una institución de DERECHO PROCESAL (3).

NOTAS

- (1) La función jurisdiccional es consustancial al arbitraje: H. MOTULSKY — ECRITS. Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1.974, pág. 9. El árbitro declara el derecho, "dice el derecho".
- (2) FENECH, El proceso penal, Agesa, Madrid 1.978, pág. 5. Entiende este autor por proceso una serie o sucesión de actos tendentes a un fin superior al de cada uno de ellos considerado en sí mismo; es preciso un hecho con/ dimensión temporal pero que supera su propio ser existencial por el fin superior que los sujetos que realizan los actos aislados pretenden conseguir individualmente. Este fin objetivo es el de la propia actividad jurisdiccional. Ahora bien, los actos que integran el proceso y se suceden/ temporalmente, no pueden llevarse a cabo en un orden caprichoso o en el momento que los sujetos prefieren. Para la generalidad de los actos, el momento y el orden vienen predeterminados por la norma, que previene cuando deberán ser llevados a cabo y según en cada caso determine la norma ordenadora.

Esta norma que establece el orden en la procesión de los actos — que integran el proceso recibe el nombre de norma de procedimiento.

- (3) Podemos definir el PROCESO ARBITRAL o ARBITRAJE, como aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas normas de procedimiento creadas por las partes, y a través de la cual se realiza la actividad jurisdiccional arbitral.

6. CARACTERES DE LA JURISDICCION ARBITRAL

Es de orden VOLUNTARIO, y no obligatorio, Ambos suponen la existencia de una/ controversia. Pero mientras en el arbitraje voluntario, las partes voluntariamente se someten a la jurisdicción arbitral, en el arbitraje obligatorio, — por disposición de la ley, las partes no tienen más remedio que someterse a — este para la resolución de su controversia. Sería muy discutible el carácter/

arbitral de este tipo de arbitraje (1).

- ¿Es una jurisdicción ORDINARIA o es de carácter EXCEPCIONAL? (2)

Cuando la generalidad de los autores definen el arbitraje, lo consideran como una institución que tiene por finalidad sustraer las controversias a la jurisdicción de derecho común. Así se ha podido escribir que el efecto esencial de una convención arbitral es sustraer a los tribunales estatales/ el conocimiento de ciertas controversias en favor de los Tribunales arbitrales. (3). Se pone así el acento sobre la idea de que existiría una jurisdicción ordinaria y una jurisdicción excepcional y derogatoria de aquella que sería la jurisdicción arbitral. Se define el compromiso como el contrato por el cual las personas afirman su voluntad de apartar de la jurisdicción de Derecho Común la controversia que existe entre ellos (4). Otro autor (5) considera a los árbitros como particulares a los cuales el ordenamiento jurídico permite ejercer una función que en principio está reservada al Estado:

La filosofía que subyace en esta concepción del arbitraje radica en que se le considera un pariente pobre de la justicia, una institución auxiliar que es probablemente práctica en las relaciones entre comerciantes, pero de la cual hay que desconfiar en absoluto cuando se trate de relaciones de familia o relaciones en las que intervenga el Estado. Esto no tiene demasiado sentido. El Decreto francés de 18-24 de Agosto de 1.790. sobre la organización judicial decía en su artículo 12: "Siendo el arbitraje el medio más razonable de terminar con los litigios entre los ciudadanos, los legisladores no podrán establecer ninguna disposición que tuviera por objeto disminuir la eficacia de los compromisos".

Por otro lado, se acaba de decir, los árbitros ejercen una función jurisdiccional. Y ésta, históricamente (6) es anterior a la legislación. De ahí que la noción de jurisdicción sea independiente de su atribución por parte del Estado a unos órganos independientes. El órgano es en sí irrelevante a los efectos de determinar la función. Lo interesante es la función y los efectos de ésta. Dicho en otras palabras, la función preexiste a la organización (7) co

mo lo prueba los "ciudadanos ordinarios del padre o de la madre arreglando las disputas de sus hijos". No porque el Estado haya establecido un servicio público de justicia y lo ponga a disposición de los ciudadanos, éstos están obligados a utilizarlos, y todo lo que no sea usarlos debe ser considerado como un estado de excepción. Desde el momento en que el ciudadano tiene la libre disposición de los derechos en litigio, puede elegir entre una y otra justicia.— Tiene libertad de elección. Es más, se trata de una libertad fundamental desde el momento en que el Estado si desea restringir su ejercicio, por ejemplo, por razones de orden público, no lo hace más que por la Ley.

Como conclusión podemos decir que el arbitraje es uno de los dos modos de resolver los litigios a los cuales, el justiciable, dueño de sus derechos, tiene plena libertad para dirigirse.

NOTAS

- (1) ROBERT, Tratado, op. cit., pág. 18
- (2) DELVOLLE, L'intervention du juge, *Revue de L'arbitrage*, 1.980 nº. 4 pags. 607 y ss.
- (3) FOUCHARD, op.cit, nº.203. ..
- (4) ROBERT, op. cit, nº. 82
- (5) MOTULSKY, op. cit, nº. 347
- (6) SERRA, ESTUDIOS ..., op. cit. pág. 580
- (7) DELVOLLE, op. cit, pág. 608.

2. LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN EL ORDENAMIENTO ARBITRAL ESPAÑOL

7. Ordenamiento arbitral español. El ordenamiento arbitral internacional español está formado fundamentalmente (1) por el CONVENIO SOBRE EL RECONOCIMIENTO/ Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS hecho en Nueva York el 10 de Junio de 1.958, publicado en el BOE el 11 de Julio de 1.977, y el CONVENIO/ EUROPEO SOBRE ARBITRAJE EN COMERCIO EXTERIOR, celebrado en Ginebra el 21 de — Abril de 1.961, publicado en el BOE el 4 de Octubre de 1.975.

Ambos convenios por el mero hecho de su publicación en el BOE, forman parte del ordenamiento español. La convención de Nueva York tiene por fina

lidad la ejecución de los laudos extranjeros en España, y la Convención de Ginebra tiene como finalidad establecer una ley procesal común al arbitraje comercial internacional (2). Se fundamenta, como expresamente se indica en su exposición de motivos, en el Convenio de Nueva York. Las Altas Partes contratantes (entre ellas, por consiguiente España), buscaron complementar con unas normas de carácter procesal el Convenio de 1.958. Las dos Convenciones (1) más la ley de arbitraje de Derecho Privado de 22 de Diciembre de 1.953 constituyen el ordenamiento arbitral español (3) regulando respectivamente el campo internacional o extranjero y el ámbito interno (4).

NOTAS

- (1) Decimos fundamentalmente porque junto a los Tratados Internacionales citados, se encuentran Convenios bilaterales formados por España que indudablemente constituyen también el Derecho arbitral español. Sin embargo, por su importancia, queremos limitar el estudio a estas dos convenciones, que constituyen las dos " CARTA MAGNA " del arbitraje comercial internacional o extranjero .
- (2) ROBERT, Tratado, op. cit., pág. 350.
- (3) Veremos más adelante que el Protocolo de Ginebra de 1.923 y el Convenio para la aplicación del Protocolo de 1.927 ya no surten efectos para España .
- (4) Estas dos Convenciones, presentan dos características muy importantes.
 1. Contienen las soluciones más progresivas del Derecho Arbitral.
 2. Revelan la importancia que el arbitraje ha adquirido hoy/ en el mundo de las relaciones jurídicas internacionales.

8. Relaciones entre la ley de 22 de Diciembre de 1.953 y las Convenciones. - Las Convenciones constituyen ley especial con respecto a la ley de 22 de Diciembre de 1.953, que es Derecho común (1) (2). Tendrán prioridad sobre ésta, excepto en dos casos: 1. Según la concepción española hay violación de Derechos de la defensa. 2 . Haya contradicción con el orden público español. (3) . Por consiguiente el juez español está obligado a seguir en primer lugar los mandatos de la Convención internacional y a continuación el Derecho común o ley interna de arbitraje, según los respectivos campos de aplicación en cada caso (4).

Así pues, como regla general, el Derecho Convencional de Arbitraje tiene primacía sobre el Derecho común (con las dos reservas ya dichas).- Pero puede suceder también lo contrario: el Derecho Convencional puede ceder/ el paso al Derecho Común. Más particularmente, el art. 7. párr. 1º. de la — Convención de Nueva York precisa que sus disposiciones " no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento/ y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados con— tratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas en cualquier dere— cho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia invoque ".

Esta norma es aplicable cuando las disposiciones del Derecho co— mún u otros convenios (por ejemplo, los convenios bilaterales firmados por — España con otros países) fueran más favorable que las normas recogidas en el tratado de Nueva York.

El propósito del art. VII. 1 del convenio de Nueva York (5) está/ muy claro: los convenios que en un momento dado traducen a uno u otro nivel— la cooperación internacional, se conciben como un suelo mínimo o como una — puerta que se sella a las espaldas. Siempre es posible saltar adelante, ir más allá, a través de arreglos con otros Estados o unilateralmente, mediante la — promulgación de leyes más avanzadas que los mismo convenios. Elaborados éstos en una concreta circunstancia histórica, como punto de apoyo para la finali— dad que se pretende, se ha buscado evitar que la prevalencia incondicionada — de un texto acabe convirtiéndose en una fecha posterior en un factor, si no — de involución, si por lo menos de estancamiento. Llevado de este espíritu, — hay quien opina que sin necesidad de invocación de parte, la autoridad com— petente podrá servirse de las disposiciones convencionales y legales más favo— rables en cada caso concreto de cara al reconocimiento y ejecución de la sen— tencia arbitral. Pero este punto de vista no encaja con el último inciso del/ art. VII. 1 del Convenio de Nueva York. La autoridad competente deberá apli —

car de oficio el Convenio Multilateral, a menos que el interesado invoque — otra normativa convencional, o en su caso legal. Se deja en manos del solicitante del reconocimiento y ejecución del laudo la posibilidad de optar, de valerse de otras reglas convencionales o legales que, por su mayor modernidad/ o progresía, estime más ventajosas para la satisfacción de sus intereses.

Podemos dar un paso más adelante. No solamente se puede elegir — el Derecho que más interesa al solicitante del Exequatur, sino que éste incluso puede invocar a la vez determinadas disposiciones de Derecho Común y de determinadas normas del Derecho convencional. La razón es que tanto el Derecho/ común como el Derecho convencional forman parte de un único ordenamiento arbitral español (6).

No hay más que dos ~~banderas~~ que no pueden ser franqueadas : la — protección de los derechos de la defensa según la concepción/ jurídica española y el orden público, considerado desde un punto de vista restrictivo (7).

NOTAS

- (1) Interesa aclarar bien la terminología : dentro del ordenamiento jurídico/ arbitral, las Convenciones internacionales constituyen el Derecho especial con respecto a la ley de 22 de Diciembre de 1.953 que en el Derecho común. Pero a su vez, la ley interna de arbitraje es derecho especial frente a la ley de enjuiciamiento civil que es el Derecho común. Procesal
- (2) FOUSTOUCOS L' Arbitrage -interne et international-, en droit prive hellénique librairies techniques, París 1.976, pág. 185
- (3) FOUSTOUCOS, op. cit., pág. 186.
- (4) Un ejemplo aclarará esto: según la convención de Nueva York, la cláusula/ compromisoria no es precontrato. Por tanto, una sentencia arbitral, consecuencia de un pacto compromisorio que cae dentro del ámbito de aplicación del Convenio no podrá ser rehusado su exequatur por el juez español por el hecho de que la ley de 22 de Diciembre de 1.953 considere que la — cláusula compromisoria es un precontrato y por tanto hay obligación de — concluir un compromiso.

Solo cabría rehusar el exequatur por las causas taxativas establecidas en el propio convenio.

- (5) REMIRO BROTONS, Ejecución ..., op. cit. pág. 232.
- (6) FOUSTOUCOS, ..., op. cit. pág. 187.

- (7) Las Convenciones más recientes de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado intentan frenar la intervención abusiva del orden público, disponiendo que las normas convencionales no podrán ser apartadas en un Estado más que si son manifiestamente incompatibles con el orden público.

Ver sobre esto FRANCESCAKIS, DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE nº. 94, - REPERTOIRE DE DROIT INTERNATIONAL, París, Dalloz 1.968.

9. Reconocimiento de la cláusula compromisoria en la convención de Nueva York y en la convención de Ginebra

El art. II. 1 de la Convención de Nueva York declara : " Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto - que pueda ser resuelto por arbitraje ".

El art. II. 2. minfiesta que la expresión, " acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso — firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas (1).

El art. I. 2 dice : A los fines de la aplicación del presente convenio, se entenderá por :

- a) "Acuerdo o Compromiso arbitral ", bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por telempresor (2) (3).

NOTAS

- (1) Entre los numerosos comentarios del Convenio aparecidos en las fechas de la adopción de su texto y de su entrada en vigor, en general cabe destacar los de 1.958. ROBERT, La convención de New York du 10 juin . Pour la Reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales Etrangères, Revue/ de L'arbitrage, 1.958 , pág. 70 y ss; E. Minoli, New. York Convention on - the recognition and enforcement of foreign arbitral Awards, Unification - of law, Yearbook 1.958, págs. 156 y ss; P. Contini; International commer-

cial arbitration. The United Nations Convention on the Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, American Journal of comparative law, 1.959 pág. 283 y ss; L. Marmo, La Convenzione di New York sul riconoscimento delle sentence arbitrali, Rivista di Diritto Internazionale, 1.959, — pág. 33 y ss; MOTULSKY, L'Evolutio recente en matiere d'arbitrage international. Revue l'arbitrage, 1.959, pags. 3455; P. SANDERS, La Convention de Nueva York, Arbitrage International Commercial, op. cit. II, la Haya 1.960, pags. 292 y ss. J.D. BREDIN, La convention de New York du 10 juin 1.958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Clunet, 1.960 pags. 1002 y ss; F.E. KLEIN, La Convention de New York pour la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères, Revue Suisse de jurisprudence, 1.961 págs. 229 y ss; FRAGISTAS, Les principes de la convention de New York sur la reconnaissance et l'execution des sentences arbitrales étrangères. Recueil Egawa, Tokio, 1.961, págs. 57 y ss.; — BRICE, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Convención adoptada por las Naciones Unidas en 1.958, Caracas 1.963; RECCHIA, le clausole compromissorie per Arbitrato esteró negli Stati Uniti in tema di adeguamento alla convezione di New York. "Rassegna dell'Arbitrato", 1.971 n.º. 3, pag. 125-144; RECCHIA, An Italian approach to international conventions on Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli, UTET, AIA 1.974

- (2) Sobre esta convención, citaremos los comentarios KOPELMANAS, La place de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international dans l' — evolution du droit international de l'arbitrage, Annuaire Francais de Droit International, 1.961, pags. 331 y ss; ROBERT, la Convention Européenne sur L'Arbitrage commercial international à Genève le 21 avril 1.961, Da — lloz, 1.961, págs. 173 y ss; BENJAMIN The European Convention on international commercial arbitration, British Yearbook of International Law, 1.962 págs. 478 y ss; KLEIN, La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Revue critique du Droit International, Revue critique du — Droit International privé, 1.962, págs. 621 y ss.
- (3) El art. 2. b de la Convención define lo que es arbitraje: " arreglo de controversias entre partes no solo mediante árbitro nombrados para cada caso determinado (arbitraje ad hoc) sino también por instituciones arbitrales permanentes. "

Para aquellos que consideran que la jurisdicción se reduce propiamente a una resolución de controversias, de la definición del art. 2 b. — se extrae la consecuencia de que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. A sensu contrario, sin litigio, no hay arbitraje. Sobre el tema, — ver BERNARD, L' Arbitrage volontaire en doit privé, Brusela-París 1.937, — n.º. 19.

10. Reconocimiento de la cláusula compromisoria en la ley de 22 de Diciembre — 1.953.

El antiguo Derecho español, siguiendo al Derecho común, ha visto

siempre la función del árbitro como la de otro juez; es decir, para terminar — un litigio ya existente. No parece se llegara a pensar en la posibilidad de — que las partes hubieran de someterse al arbitraje respecto de unas futuras posibles controversias. En este sentido, ya las Partidas, en el modelo de carta/ de compromiso que ofrece en el título " De las escrituras " se cuida de señalar que en ella había de consignarse que lo convenido era " sobre tal contienda o pleito que era entre ellos (P. 3, 18, 16).

Después, la ley de Enjuiciamiento Civil de 1.855, al regular el — juicio arbitral, precisa como uno de los requisitos de la escritura de compromiso el que en ella conste : " el negocio que se someta al fallo arbitral con/ expresión de sus circunstancias" (art. 774 nº. 3) bajo sanción de nulidad — (art. 775); respecto al juicio de amigables compondores, se dispone que la/ escritura pública de compromiso habrá de contener: " la debida expresión del — negocio que se sujeta a su fallo (art. 822 nº. 3) y que a falta de dicha circunstancia, la escritura sería nula (art. 823):

La Ley de enjuiciamiento Civil de 1.881 reproduce el contenido/ de dichos preceptos, con solo variantes de redacción. El art. 793 dice, refiriéndose al juicio arbitral: " La escritura de compromiso habrá de contener — precisamente bajo pena de nulidad : " 3º ". El negocio que se somete al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias ".

El art. 828. párra. 2º., dentro de la sección "Del juicio de — amigables compondores " declara : "La escritura de compromiso ha de contener/ precisamente, bajo pena de nulidad las circunstancias expresadas en los números 1º, 2º, 3º, 4º y 8º. del art. 793 ". Sin embargo, era un hecho que la cláusula/ compromisoria se usaba ya en la práctica jurídica española del siglo XIX. Ignoramos exactamente la fecha de su aparición. Posiblemente su introducción se debe al contacto con empresas extranjeras. Al no haber participado activamente — España en la revolución industrial, la mayor parte de la industria española — quedó en manos de capital extranjero. Ferrocarriles, minas, electricidad, tranvías, casinos, grandes hoteles, pertenecen a sociedades extranjeras. Unos y —

otros procuran imponer en sus contratos las cláusulas compromisorias, sea con el propósito de asegurarse el nombramiento de árbitros favorables a sus intereses o que sean conocedores de los problemas específicos de la rama del comercio o industria de que se trate.

Poco a poco, el uso de la cláusula compromisoria se va generalizando, especialmente en los contratos de sociedad y arrendamiento, hasta que hoy es cláusula de estilo en la mayor parte de los contratos mercantiles que se otorgan e incluso en muchos ajenos al comercio, entre las demás condiciones generales del contrato.

¿Cuál es la postura inicial de la jurisprudencia antes esta figura? Primeramente considera que es un convenio " contrario en el fondo y en la forma a lo preceptuado en las leyes " (S.T.S. 20 de Marzo de 1.889) (1). En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1.888, en la que se plantea un recurso de casación contra la declaración de ser nulo un pacto de promesa de compromiso arbitral por infracción del principio " Pacta sunt servanda ". No se da lugar, entendiendo el Tribunal Supremo que no se había infringido y que se había aplicado debidamente el art. 828. LEC y art. 793 nº. 3 LEC.

Poco a poco la orientación de la jurisprudencia va cambiando. — Consideraré la cláusula compromisoria como una manifestación de la autonomía de la voluntad, en base al art. 1255 Código Civil a tenor del cual " los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público ". En definitiva se reconoce su existencia fundamentada en el principio de derecho en materia contractual " Pacta sunt servanda ".

De la existencia de este pacto o convenio se derivaba la necesidad de su cumplimiento, según el art. 1278 CC (" los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez ") y 1089 CC (" las obligaciones nacen ... de los contratos.) complementado con el art. 1.091 del citado cuerpo legal (" las obligaciones que nacen de los contratos tienen fue-

ra de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos"). Esta doctrina es mantenida por el TS hasta la ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de Diciembre de 1.953 (2).

Sin embargo, se echaba de menos una regulación positiva de la cláusula compromisoria.

Será la ley de 22 Diciembre de 1953 la que regule la figura.

En su Exposición de motivos dice : "los artículos 6º a 11º regulan, con carácter de rigurosa novedad en el derecho positivo, la figura de la llamada cláusula compromisoria, la cual, si bien tiene vida e importancia en la práctica, carecía hasta ahora de un cuerpo de disposiciones legales en que se pudiera refugiar el intérprete necesitado de encontrar soluciones concretas a su respecto. El contrato preliminar de arbitraje, sea o no una auténtica cláusula contractual queda legalmente reconocido en el artículo 6º como figura distinta y más sencilla que el compromiso y, por lo tanto con requisitos menos rigurosos para su estipulación (arts. 7º y 8º)". Y el artículo 6º manifiesta que "las partes podrán preparar el arbitraje, comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria a instituirlo en su día".

NOTAS

- (1) Sentencia de 4 de Mayo de 1878.
 " " 20 de Mayo de 1889.
 " " 19 de Junio de 1891.
 " " 4 de Noviembre de 1899.
- (2) Sentencia de 10 de Noviembre de 1903.
 " " 3 de Octubre de 1908.
 " " 8 de Diciembre de 1925.
 " " 23 de Abril de 1927.
 " " 24 de Marzo de 1947.

3. Cláusula compromisoria convencional e interna: Ambito de aplicación del derecho convencional y del derecho interno de arbitraje.

11. El problema se plantea en los siguientes términos. ¿Cuándo estamos ante un arbitraje extranjero según el Derecho Convencional? o ¿Cuándo estamos ante un arbitraje interno según la ley de 22 de Diciembre de 1953?. Se trata

por consiguiente de delindar los respectivos campos de aplicación. La distinción parece que debe ser hecha según los criterios siguientes:

- Toda sentencia dictada al final de un procedimiento arbitral regido por el derecho común (Ley 22.XII.53) es una sentencia interna.
- Toda sentencia dictada al final de un procedimiento arbitral -- que no está regido por la Ley de 22.XII.53 es una sentencia extranjera (1).

Según esta distinción, para el objeto del reconocimiento o ejecución, son "extranjeras" no solamente las sentencias dictadas al final de un proceso regido por una Ley extranjera, sino también las dictadas al final de un proceso arbitral que no está regido por Ley interna española, aunque se ha ya hecho en España.

NOTAS

(1) FOUSTOUCOS, op. cit. pág. 218.

12. En nuestro sistema un laudo dictado fuera de España con arreglo a la ley/ española, tiene la consideración de nacional a los efectos de su reconocimiento y ejecución. Así la sentencia del TS de 1 de Abril de 1.911 declarará en -- uno de sus considerandos:

" La ejecución de la sentencia dictada por amigables compondores nombrados por juez español conforme al art. 2177 LEC, ha sido -- dictada donde procedía, porque el hecho de que la amigable composición se verificase en Marsella es una circunstancia accidental, que no privó a los Tribunales españoles de la competencia necesaria para imponer aquella, conforme declaró esta Sala/ en su sentencia de 10 de Diciembre de 1.906, y porque el tribunal de amigable composición se constituyó con arreglo a nuestras leyes, y estas son las que regularon todo el procedimiento que fue, además, seguido ante el consul de España en funciones/ de Notario ".

CAPITULO PRIMERO : CONCEPTO Y NATURALEZA

1.-CONCEPTO

13. El art. II de la Convención de Nueva York indica que " cada uno de los Estados contratados reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje."

El art. I. 1 a) de la Convención de Ginebra dice que " el pre - sente convenio se aplicará: a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje, que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieran sido concertadas entre personas fisicas o jurídicas que tengan en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Esta-dos contratantes diferentes ".

Tradicionalmente, la doctrina y legislación arbitral ha distinguido dentro del género convención arbitral, dos aspectos diferentes: la clausula compromiseria que es, según la convención de Nueva York, aquel "acuerdo/por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada re - lación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje "; y el compromiso, que según el mismo Convenio, es lo mismo que la cláusula compromisoria, cambiando las palabras "que podan surgir " por " que hayan surgido ".

En resumidas cuentas, la cláusula compromisoria se refiere a/ la obligación que tienen las partes de someter sus diferencias futuras al arbi traje, mientras que el compromiso supone que esas diferencias, respecto a — unas determinadas relaciones jurídicas, han nacido ya.

14. En el Derecho Convencional español la distinción entre cláusula compromiso ria y compromiso, si bien tiene importancia en la Ley de 22 de Diciembre de — 1.953, ha dejado de tener vigencia y ello mediante un doble movimiento coordinado (1) :

- a) Por la evolución de la doctrina y la jurisprudencia interna, especialmente/ la francesa, que establece, casi con carácter general que cuando se está en presencia de usos y prácticas de comercio internacional, corresponde ya con una definición específica de significación objetiva, lo cual va a condicionar — el diferente tratamiento legal en el campo del Derecho interno y en el del/ Derecho Internacional.
- b) Por la práctica comúnmente seguida en el comercio internacional, de estable can en los contratos tipo o estandarizados, una cláusula compromisoria como acción preventiva para solventar las posibles diferencias que surjan entre/ las partes como consecuencia del cumplimiento o interpretación de un contra to principal. La elaboración lenta de este nuevo Derecho, formado de usos/ mercantiles, por la vía indirecta de la suscripción de contratos tipos, conduce en la práctica a que en una gran mayoría de contratos internacionales, la cláusula compromisoria se establezca ya como una cláusula de estilo, mediante el juego de contrato de adhesión que las partes deben admitir o rechazar en bloque. Difícilmente el comercio internacional asentado sobre este tipo de contratos, podría desenvolverse con un mínimo de seguridad, si — se mantuviesen reservas sobre la validez o la eficacia de esta cláusula com promisoria. Ello hace que a nivel de arbitraje internacional o extranjero — se haya procedido a no distinguir en adelante entre compromiso y cláusula — compromisoria, en cuanto a sus efectos directos.

La razón de ello se apoya en una consideración de tipo práctico. El campo privilegiado para la utilización del arbitraje comercial está constituido por relaciones contractuales aunque la convención de Nueva York introduzca la novedad de ampliarlo también a las relaciones extra — contractuales, y — dentro de este esquema, el caso más frecuente de origen de arbitraje, es la —

cláusula compromisoria incluida en un contrato principal. Por el contrario las relaciones no contractuales, y las meramente civiles, exigirán normalmente el compromiso como soporte del proceso arbitral. Lo importante en este aspecto es que el Derecho Convencional haya borrado las diferencias entre ambos.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, Tratado ..., op. cit., pág. 313.

15. En el mismo sentido se mueve el moderno Derecho interno de Arbitraje.

El proyecto de Ley Uniforme europeo en materia de arbitraje (aún/no en vigor) establece en su art. 1 que " toda diferencia existente o que pueda surgir de una relación jurídica determinada y sobre la que esté permitida y sobre la que esté permitido disponer, puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje ".

El moderno Derecho Griego, en su art. 867 CPC, establece que "los litigios de derecho privado pueden ser sometidos al arbitraje por una convención si las partes de la misma tienen la facultad de disponer libremente del objeto del litigio."

El concordato Suizo sobre el Arbitraje y el nuevo Derecho francés diferencian entre cláusula compromisoria y compromiso, pero ambos tienen los mismos efectos.

El art. 4 del Concordato afirma:

4.1.- La convención de arbitraje se concluye bajo la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso.

4.2.- Por el compromiso, las partes someten al arbitraje una controversia existente.

4.3.- La cláusula compromisoria se refiere a las controversias futuras que pueden nacer de una relación de derecho determinada.

El art. 2 del decreto de 14 de Mayo de 1.980 estableciendo el nuevo Derecho francés define la cláusula compromisoria como " la convención por la

cual las partes en un contrato se comprometen a someter al arbitraje los litigios que podrían surgir en relación a este contrato."

El art. 7 del citado Decreto define el compromiso como "la convención por la cual las partes en un litigio nacido someten éste al arbitraje de una o varias personas".

El Derecho positivo francés habla por consiguiente de una convención arbitral "in genere" con dos especies: el pacto compromisorio y el compromiso.

16. Normalmente la cláusula compromisoria estará inserta en el cuerpo mismo del contrato principal pero también puede constituir un pacto independiente del contrato. Basta con que las partes lo concluyan antes del nacimiento del litigio.

El art. 6. de la ley de Arbitrajes de Derecho privado prevé estas dos modalidades cuando manifiesta que "las partes podrán preparar el arbitraje, comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria, a instituirlo en su día".

17. Antes de estudiar la naturaleza de la cláusula compromisoria hay que decir que son sinónimos los términos "convención arbitral", "cláusula arbitral", "contrato arbitral", "pacto compromisorio", "convención de arbitraje" y "cláusula compromisoria".

NOTAS

(1) Sabiendo siempre que cuando hablamos en términos genéricos de convención arbitral, contrato arbitral, convención ..., son conceptos que designan tanto el compromiso como la cláusula compromisoria. Por tanto hay que tener siempre en cuenta cual es la diferencia entre ambos.

2. NATURALEZA

18. Es un contrato. El Código Civil no define lo que es el contrato, pero suministra en cambio, materiales para poder dar esa definición. El art. 1.089 menciona al contrato al enumerar las "fuentes de las obligaciones". El art. 1.091 afirma que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza

de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos". Finalmente, el art. 1.254 dice que el " contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa - o presten algún servicio ".

Relacionando los tres preceptos citados podemos deducir (1) un concepto legislativo que aparece formado por la conjunción de dos notas características :

- a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten (art. 1254 CC).
- b) El contrato tiene como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. De estas ideas procede la configuración que podríamos llamar tradicional o clásica que considera al contrato como " un acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a crear obligaciones/ entre ellas " .

Sintetizando aún más, podríamos decir que contrato es - " todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados - se obligan ".

Se convierte en un supraconcepto que es aplicable a todos los campos jurídicos y por consiguiente tanto al Derecho - privado como al Derecho público como al Derecho Internacional.- Desde este punto de vista, son contratos los Tratados Internacionales, los concordatos y los acuerdos entre las naciones, - Los contratos celebrados por el Estado con los concesionarios de obras y de servicios públicos o contratos administrativos y los contratos entre particulares.

NOTAS

- (1) DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Tecnos, Madrid - 1.979.

19. La definición que de cláusula compromisoria dan el convenio de Nueva York y el convenio de Ginebra responden a estos presupuestos:

1. Ambas convenciones tratan solamente del arbitraje voluntario. Tiene que haber un inicial consentimiento de las partes en la conclusión de la cláusula - compromisoria.

2. Las partes se obligan a someterse a la jurisdicción arbitral.

20. El carácter " sui generis " de esta obligación ha llevado a cierto sector doctrinal a pensar que la cláusula compromisoria no es un verdadero contrato, sino un acuerdo, perteneciente de género de las convenciones, que incluye los acuerdos y los contratos como especie de un género común (1). Así, para esta doctrina, no estamos ante el caso de una obligación de hacer, consistente en emitir una declaración de voluntad (2), cuyo incumplimiento engendre responsabilidad en una de las partes, sino en presencia de una sujeción que no puede actualizarse por defecto de unos requisitos objetivos o formales. El compromiso crea en las partes una sujeción a la futura decisión de los árbitros; establece una relación procesal semejante a la que se buscaba con el cuasi contrato/ de litis contestatio. La misma doctrina se aplicaría a la cláusula compromi soria.

La cuestión radicaría, por consiguiente, en si la cláusula compromisoria tiene por fin constituir entre las partes una relación obligacional.

Pienso que el convenio de Nueva York es claro, respecto de este punto: Las partes se obligan a someter. Constituye una obligación contractual.

NOTAS

(1) CARRERAS , El Embargo de bienes, Bosch, Barcelona 1.957, pág. 60.

(2) CARNELUTTI, Pactum de compromittendo, en Studi di Diritto processuali, IV 1.939, págs. 102 ss.

21. Es un contrato procesal La cláusula compromisoria crea el proceso arbitral a través del cual el Tribunal arbitral ejerce su función jurisdiccional. ¿Podemos hablar entonces de la cláusula compromisoria como un contrato de naturaleza procesal ?.

22. En un sentido amplio, contrato procesal se identifica con negocio jurídico como acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran por el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan determinados efectos jurídicos, pero en un sentido estricto por contrato procesal debe entenderse - (1) sólo el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue deberes procesales. La doctrina italiana opina sin embargo que la presencia de un órgano del Estado en el proceso hace que en pocos casos sean válidos los contratos de las partes para regular la relación jurídica procesal de forma que una parte pueda pretender frente a la otra el respeto del acuerdo. Por ello el contrato procesal, por su naturaleza mira más o menos directamente a la actividad del juez, que en virtud del propio acuerdo viene limitada frente a la otra parte. De aquí que con frecuencia el acuerdo de las partes sea un simple presupuesto del pronunciamiento judicial, de manera que si aquel se ha formado con anterioridad al momento en que este es solicitado debe ser mantenido hasta ese momento, porque de otra forma no tendría ni eficacia ni importancia jurídica. Pero bajo este aspecto los acuerdos de voluntad resultarán ser condiciones de los actos procesales en lugar de auténticos contratos procesales. Sostiene por ello la misma doctrina que los contratos procesales no son presupuesto de los actos procesales, ni elementos constitutivos de éstos, sino que su razón de ser reside por lo general, en vista de un proceso futuro y al objeto de su regulación, como ocurre con el compromiso o con la cláusula compromisoria (2). En todo caso -y teniendo en cuenta que su campo es limitadísimo- concluye dicha doctrina que la característica constante de los contratos procesales es que desarrollan sucesivamente su eficacia en el proceso pendiente o futuro, de forma que una parte puede obtener su actuación contra la otra u oponerse a cuanto quisiere hacerse valer en contravención al contrato.

En la doctrina española se defiende asimismo que se puede hablar con propiedad de los contratos procesales y que todos ellos presentan unas similitudes, ámbito y regulación sistemática susceptible de estudio agrupado (3). Ahora bien no constituyen contratos procesales -se arguye-, los nu-

merosos casos (arts. 306, 493, 550, 614, 675 etc. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que si bien supone una derogación o cambio voluntario de norma procesal son en sí mismos actos procesales. En todos ellos habrá una convensión vá lida dentro del marco procesal, pero no un acuerdo anterior y preferente a la norma de enjuiciar. Tampoco son contratos procesales -se dice- los pactos/ de no pedir pues la mayor parte de éstos tienen un contenido material vá lido/ como excepción de fondo, pero que en nada suelen afectar a la legal actividad procesal, ni los pactos de prueba convencionales, ni los convenios sobre la inversión de la carga de la prueba ni las hipotecas objeto de voluntario cumpli miento, ni tampoco la subasta judicial, unas veces por falta de contenido pro cesal y otras porque estos casos son simplemente actos procesales optativos no normales. Tan solo el arbitraje reducido a sus términos contractuales priva dos (compromiso) es en efecto el contrato procesal genuino y el más importan te y trascendental (4).

Sin embargo ha sido la doctrina alemana la más fecunda en el estudio de la naturaleza de los contratos procesales, distinguiéndose a este res pecto diversas teorías. según la teoría jurídica-material todos los contratos/ procesales, incluidos los legales, tienen naturaleza jurídico-material, la misma que la relación litigiosa en que se basan, resultando ser en todo caso contratos jurídicos materiales o civiles. Según la teoría pura jurídico proce sal todos los convenios de partes relativos a un proceso tienen naturaleza pro cesal. Se trata de actos privados que sin formar parte de un proceso influ yen en éste por virtud del acuerdo de voluntades. Finalmente entre las teorías intermedias se comprenden un considerable número de doctrinas diferentes que unas veces se aproximan a las teorías jurídicas materiales y otras a las teorías jurídicas procesales. A su vez la reciente doctrina italiana ha creado la fi gura del acuerdo. Pero a esta figura se le ha negado sustantividad basándose en la imposibilidad de distinguirla del contrato por la propia definición de éste como acuerdo de voluntades. A pesar de ello, ha logrado individualizarse, por que se admite que, a diferencia del contrato, el acuerdo es un acto simplemen-

te pluripersonal en el que las declaraciones que lo integran son paralelas — nunca contrapuestas—, o en el que los intereses no son conflictivos, sino que tienden a la obtención de un fin común. Para esta doctrina los acuerdos se componen de actos particulares con idéntica causa y móviles diversos o se caracterizan por la complementariedad de las prestaciones o vienen constituidos por participaciones concordes de conocimiento, de ciencia, de deseo, jurídicamente relevantes, es decir integrados por simples actos de contenido vario y no exclusivamente volitivo. Con este criterio se afirma que junto a la figura del acto complejo, del acto colectivo, etc., se puede hablar de — acuerdo, como actividad jurídica concorde de dos o más personas para la tutela de intereses no conflictivos.

Por esto es difícil señalar especies de acuerdos en el ámbito del Derecho privado, pero no lo es tanto en el campo del Derecho Público, en donde la figura ha nacido y, en consecuencia, en el campo del Derecho Procesal. Para la doctrina italiana, el juego de la voluntad privada en el proceso es amplio, en cuanto que la ley unilateralmente subordina la actividad de juez a la instancia de parte o condiciona a ésta la producción de un determinado efecto, por ejemplo, la excepción de incompetencia por razón del territorio, o bilateralmente la ley reconoce que determinados acuerdos pueden producir eficacia en el proceso.

Ahora bien, la doctrina distingue dos tipos de acuerdos: los que producen eficacia en el proceso y los que se estipulan en el proceso. Entre los primeros se encuentran los relativos a la competencia y a la jurisdicción, el compromiso, la prueba etc. (5). Entre los segundos, la suspensión del proceso o el juicio de equidad. Pero mientras que aquellos no vienen regulados por las leyes procesales, éstos sí vienen previstos por las normas preprocesales. De todas formas, fuera de los casos establecidos por la ley del proceso, no se pueden admitir acuerdos procesales, de tal manera que por voluntad de las partes no se prorrogan los plazos, ni se altera el orden establecido como garantía de justicia.

NOTAS

- (1) PELAEZ DEL ROSAL, La Competencia territorial en el proceso civil, Barcelona 1.974, pág. 162 y ss.
- (2) PELAEZ DEL ROSAL, La Competencia ..., op. cit. pág. 164.
- (3) LOPEZ ORTIZ, Los Contratos ..., op. cit. pág. 7
- (4) PELAEZ DEL ROSAL, La Competencia..., op. cit. pág. 167. ;
- (5) PELAEZ DEL ROSAL, La Competencia..., op. cit. pág. 171.

23. Después de este breve recorrido por la doctrina europea sobre la admisibilidad de los contratos procesales podemos obtener las siguientes conclusiones:

1. La ~~cláusula~~ cláusula compromisoria es un CONTRATO .

2. Es un contrato procesal por las siguientes razones:

- 1.- Porque la autonomía de las partes fundamento del contrato/ se admite en una ley procesal como la Convención de Nueva/ York y en la Convención de Ginebra, es decir, en nuestro - ordenamiento convencional procesal arbitral. Así mismo en/ la ley de 22 de Diciembre de 1.953.
- 2.- Porque sus sujetos son partes en proceso arbitral que crea el pacto compromisoria.
- 3.- Su objeto es un litigio (que aún ha de nacer).
- 4.- Su causa es el apartamiento de la jurisdicción pública en/ favor de la jurisdicción arbitral.
- 5.- Su contenido lo integran diversas declaraciones de voluntad/ que crearán el proceso arbitral.
- 6.- Su efecto positivo lo constituye la constitución del Tribu-
nal Arbitral.

Su efecto negativo consiste en que la cláusula compromisoria - funda la excepción de incompetencia de jurisdicción.

3. Precizando aún más la naturaleza de la cláusula compromisoria, estamos de - acuerdo con el concepto de acuerdo sostenido por la doctrina italiana, ya que/ los intereses de las partes en la cláusula son paralelos : la constitución de/ la jurisdicción arbitral mediante el nombramiento de árbitros y en general del proceso arbitral.

Sin embargo la distinción entre contrato y acuerdo no ha sido recibida por nuestro Derecho positivo ni ha merecido tampoco unánime consagración/ de la doctrina y de la jurisprudencia. Por consiguiente seguiremos usando el - término " contrato " según el concepto genérico que hemos dado más arriba.

24. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria .

A este contrato procesal se aplica:

- 1º. La Ley que las partes han escogido para la convención arbitral.
- 2º. La Convención de Nueva York y la Convención de Ginebra.
- 3º. La Ley arbitral (Ley de 22 de Diciembre de 1.953) y la Ley/ de Enjuiciamiento Civil, como ordenamiento procesal común, en/ todo aquello que no contravenga tanto la Ley aplicable como — las convenciones.
- 4º. El Derecho sobre los contratos contenido en el Código Civil ya que este posee el carácter del Derecho Común, reflejado en el/ art. 4.3., según el cual "Las disposiciones de este Código se/ aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras — Leyes".

25. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria común o interna.

Como respecto a la cláusula compromisoria común o interna se apli-

ca :

- 1º. La Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de Diciembre de/ 1.953.
- 2º. La Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 3º. El Derecho contractual del Código Civil con carácter supleto- rio (1).

NOTAS

- (1) DIEZ PICAZO Y GULLON, Sistema de Derecho Civil I, Tecnos, 2ª ed. Madrid — 1.978, pág. 77. El Derecho Civil ha suministrado al sistema contractual del Derecho Procesal conceptos fundamentales, como la definición de lo que es/

la persona natural y jurídica, los presupuestos fundamentales de admisibilidad y eficacia del contrato arbitral; las causas de ineficacia e invalidez del mismo.

26. Otras posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la cláusula compromisoria

a) A tenor del art. 869 del Código Procesal griego, la convención de arbitraje se rige por las disposiciones del derecho substancial que rigen los contratos. Pero como ha sido observado (1), es una convención sui generis, a la cual se aplica no solamente el derecho contractual, sino también las disposiciones/especiales del Código Procesal Civil, sobre el arbitraje. No puede ser de otra manera. (2). La convención de arbitraje es una convención privada, depende por consiguiente del derecho privado en cuanto a su formación y (en gran parte) en cuanto a su validez. Pero en cuanto a su objeto, pertenece al campo procesal (3). Por consiguiente, la cláusula compromisoria es un contrato material con efectos procesales.

b) En el Derecho italiano la opinión predominante de la doctrina es que el contrato arbitral tiene los caracteres según el Código Civil, pero con objeto y contenido procesales (4). Esto ha inducido a muchos autores a clasificar el contrato arbitral en la misma categoría que el pactum de foro prorogando (5).

Algún autor se ha opuesto a esta opinión (6). Así se dice que indudablemente la cláusula compromisoria es un contrato ya que este punto encuentra apoyo textual seguro e indudable en el Código de procedimiento vigente: — art. 807. Menos exacta parecería en cambio la especificación concerniente a la naturaleza del objeto (contenido del contrato) o a lo menos habría que entender en sentido lato e impropio la calificación de " procesal ". Esta parecería —se sigue diciendo— más correctamente empleada en cuanto a los actos (también de carácter contractual) concerniente a los presupuestos del proceso civil ordinario o a ciertas vicisitudes particulares suyas, respecto de las cuales la ley de importancia determinante a las manifestaciones de voluntad de las partes.

Pero el compromiso o la cláusula (6) no atañen solamente a alguna que otra situación particular o algún que otro episodio particular relativo al proceso, sino que afectan al régimen de ejercicio de las acciones en sentido sustancial. En efecto tienden a sustituir todo el proceso de cognición por un fenómeno similar, pero diferente. Y una vez que contengan, como frecuentemente ocurre, la autorización dada a los árbitros para apartarse en su decisión de las normas de derecho y decidir según equidad (arts. 822 y 829, párr. últ.), es decir, según lo que ellos, los árbitros incensurablemente crean ser justos, compromiso y cláusula pueden mudar profundamente la consistencia misma de los derechos en discusión.

La jurisprudencia italiana ha enunciado el principio en virtud del cual el compromiso es un contrato de derecho privado querido por las partes para producir efectos de derecho procesal, por cuanto da a dichas partes/facultad de impedir que la litis en el ~~com~~considerada sea conocida por el juez ordinario. (7)

c) La doctrina belga que ha estudiado la ley de Arbitraje de 4 de Julio de 1.972, casi unánimemente llega a la conclusión (8) el pacto compromisorio es un contrato de derecho material y por tanto debe cumplir las condiciones generales de validez de los contratos previstos en los arts. 1008 y ss. del Código Civil Belga.

d). En cuanto al derecho interno aplicable a el contrato arbitral, distingue/ la doctrina alemana según se considera un contrato civil con efectos procesales o de un contrato procesal. En el primer caso se han de aplicar las normas del código sobre los contratos, directamente; en el segundo caso, solo se han/ de aplicar analógicamente.

NOTAS

- (1) Según RUBELIN-DEVICHI (L'arbitrage-Nature juridique, droit interne et droit international prive), París LGD) 1965, pág. 17, el compromiso no es un contrato como los otros.

- (2) FOUSTOUCOS, L'Arbitrage ..., op. cit. pág. 55
- (3) LEVEL, l' arbitrage, Jurisclasseur de Proc. Civ. art. 1003-1028, Fasc. III, París 1.963; también del mismo autor: Definición et sources de l' arbitrage international; conflits de lois : convention d'arbitrage, JCL de droit international 9, 1.970 . 585.
- (4) CODOVILLA, Del compromesso e del Giudizio, arbitrale, 2ª ed. Torino 1.915 - págs. 5 y ss; MORTARA, Commentario , 3ª ed. Vol. II, pág. 553; págs. 120 y - ss; ANDRIOLI, Commento al Codice di procedura civile, Napoli, 1.947 págs. — 526 y ss; SCHIZZEROTTO, Dell' arbitrato, Milano, 1.958, págs. 16 y ss; D'ONOFRIO, Commento al Codice di procedura civile, Torino 1.957, II, págs. 477 - 80.
- (5) CHIOVENDA, Istituzioni di diritto proc. civile, Napoli 1.936 I, pág. 68; en Distinto sentido, SATTA, Contributo alla dottrina dell'arbitrato, Milano 1.931, pág. 62; LIPARI, Considerazioni Messina 1.933, págs. 96 y ss; BARBA RESCHI, GLI Arbitrati, Milano 1.937, n. 21 pág. 31 habla abiertamente de " acto procesal" por cuanto es el primer acto del juicio ante los árbitros.
- (6) REDENTI, El Compromiso y la cláusula compromisoria , E.J.E.A, Buenos Aires - 1.961, págs. 21 y 22.
- (7) ST. del colegio Supremo del 20 de Agosto de 1.949. En el mismo sentido la — apelación de Bolonia, 10 de Junio de 1.955.
- (8) DERMINE ET HORSMANS, La nueva ley belga sobre Arbitraje, Revue de l'Arbitrage, 1.973 nº. 4 pág. 209.

27. No es precontrato: la cláusula compromisoria no es una promesa de compromiso, — sino una especie distinta y autónoma de convención arbitral, que constituye la — ley de las partes y del juez. Se basta a ella misma desde el momento en que el litigio, una vez nacido, puede ser sometido al Tribunal Arbitral por una de las partes sin necesidad de concluir un compromiso (1).

NOTAS

- (1) CORNU, Presentation de la Reforma, Revue de L'Arbitrage 1.980, nº. 4 587-588.

28. No ha sido así en el Derecho francés antiguo. Se ha dicho (1) que la cláusula compromisoria era un contrato preparatorio del compromiso, distinguiéndose del — compromiso en que es un acuerdo de las partes, anterior a toda diferencia, por el cual se someten a árbitros, mientras que el compromiso, habiendo nacido ya el litigio, contiene una determinación del mismo y una designación de o de los árbi—

tros.

La Cour d'appel D'AMIENS (2^{eme} ch) hacía unas distinciones muy claras entre cláusula compromisaria y compromiso, estableciendo que aquella era una promesa de compromiso. "La cláusula compromisoria, accesoria en un contrato principal en que está inserta en previsión de controversias a las cuales — este contrato podría dar lugar, constituye, no una simple obligación de hacer, sino una convención atributiva de competencia por la cual las partes se comprometen por adelantado a llevar estas diferencias a una jurisdicción arbitral con exclusión de los tribunales de derecho común; difiere esencialmente del compromiso en que este supone una controversia ya nacida y determinada en sus elementos."

" Considerando que siendo estas dos convenciones netamente distintas, la cláusula compromisoria siendo promesa de compromiso, y el compromiso constituyendo la puesta en ejecución de la cláusula compromisoria, resulta — que las causas de extinción de una no hacen desaparecer a la otra necesariamente; que en particular, todas las causas de extinción del compromiso relativas a los árbitros: muerte, recusación, incumplimiento de su misión no tienen efecto sobre la cláusula compromisoria, forma general de prórroga de competencia que no requiere la designación de árbitros; que, así como la cláusula compromisoria escapa, por razón de su propia naturaleza a las condiciones de validez impuestas por la ley al compromiso, obedece a normas particulares de extinción, distintas de las que rigen el compromiso sometido especialmente a — las disposiciones del art. 1012 C. Pr. Civ.; que en el caso concreto, a falta de acuerdo de las partes, la desaparición del compromiso no ha extinguido la cláusula compromisoria y la obligación que incumbe a las partes de recurrir — al arbitraje, sin que puedan en absoluto, dirigirse a los Tribunales de Derecho Común".

De la cláusula compromisoria, nacía para las partes la obligación de concluir un compromiso. Así, la Cour de Cassation (Ch. Civ. Sect. Com.), — sentencia de 17 de Febrero de 1954 establecía que:

" la promesa de comprometer contenida en un contrato no dispensa a las partes de la redacción del compromiso ".

NOTAS

(1) ROBERT, op. cit. pág. 154.

29. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitía que en ocasiones se podía evitar el estadio formal del compromiso.

Se ha dicho (1) que efectivamente debían ser cumplidas las exigencias del art. 1006 CPC :

- a) Designación del objeto en litigio.
- b) Nombramiento de los árbitros.

pero que ambos extremos pueden ser cumplidos sin necesidad de redactar un compromiso formal.

Sobre la designación de los árbitros, era preciso que en la cláusula compromisoria se hiciera mención de ellos o que estableciese los modos de designación

En lo que respecta a la controversia, la cuestión presentaba más complejidad:

- a) Si la cláusula compromisoria contenía una designación suficiente del objeto en litigio, el compromiso, cumpliéndose el presupuesto anterior, se consideraba perfecto.
- b) Si la cláusula compromisoria indicaba de manera muy general el objeto en litigio, esta podía ser fijada, una vez surgido, por cualquier medio escrito apropiado, el cual formará un cuerpo único con la cláusula compromisoria y se consideraba que el compromiso quedaba válidamente formalizado.

Es decir, que desde el momento en que se cumplían las exigencias del art. 1006 CPC, sería posible pasar válidamente de la cláusula compromisoria al arbitraje sin pararse formalmente en el estadio del compromiso.

NOTAS

(1) ROBERT, op. cit, pág. 164 y 165.

La jurisprudencia francesa declaró en diversas ocasiones que la cláusula compromisoria hacía superfluo, o al menos facultativo, un nuevo "consensus" de las partes.

Declaró que, a condición de que los árbitros estuviesen ya designados en aquella, la demanda de arbitraje equivale al compromiso. Esta equivalencia se basa en la siguiente razón: por acuerdo expreso las partes han determinado ya, al menos, el contexto contractual particular. Y el contenido concreto de la controversia se fija en la demanda de arbitraje, siempre que los árbitros verifiquen que esta fijación entre dentro de las previsiones de la cláusula compromisoria. Además, la demanda se completará por las observaciones hechas por el demandado en el escrito de contestación.

Sobre la designación de árbitros, la jurisprudencia había declarado que la cláusula compromisoria debía contener, sino el nombre de los árbitros designados, al menos un acuerdo sobre el modo de designación (1)

NOTAS

- (1) RUBELLIN-DEVICHI, Nota; Revue de L'Arbitrage, 1.973 nº. 1 págs. 42 y ss; 1.973, nº. 1 pág. 42 y ss; FOUCHARD, Nota Revue de L' Arbitrage, 1976 nº. 1, pág. 58 y ss.

La Cour d'appel de París (1^{ere} ch. suppl), en sentencia de 20 de Febrero de 1.958 sostuvo, tras declarar que el compromiso es un simple medio de prueba, que

" por lo demás, no es necesario (el compromiso) cuando, como en el caso concreto, de antemano las partes han precisado en la cláusula compromisoria, el objeto de su diferencia contractual. "

La Sentencia de la Cour d'appel de París de 8 de Junio de 1.972 declaró que

" el establecimiento de un compromiso, de acuerdo con las exigencias de los arts. 1005 a 1007 CPB no es indispensable cuando el arbitraje está previsto en un pacto compromisorio; el objeto del litigio puede entonces ser precisado por el que promueve el litigio" .

30. El moderno Derecho francés de arbitraje (Decreto del 14 de Mayo de 1.980) establece que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso pueden crear - el proceso arbitral.

La cláusula compromisoria cumple las dos finalidades del compromiso :

1. Con respecto a la designación de los árbitros, el art. 3 manifiesta que la cláusula compromisoria debrá, ya sea designar él o los árbitros, ya preveer las modalidades de su designación.
2. Acerca de la fijación del objeto del litigio, siguiendo las/ orientaciones de la jurisprudencia francesa más moderna, — puede ser precisado por la demanda de arbitraje y completado por el escrito de contestación. Así el art. 5 expone que " el litigio es sometido al tribunal arbitral sea conjuntamente por las partes, sea por la parte más diligente.

31. La cláusula compromisoria en la ley de 22 XII 53. La ley de Arbitrajes de/ Derecho privado configura la cláusula compromisoria como un contrato preli-
minar

En el art. 9 de la citada ley se afirma que "los otorgantes de/ un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligadas a la realización de — cuantos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto ".

Interpretando este precepto, casi toda la doctrina (1) como la/ jurisprudencia consideran que la cláusula compromisoria es un contrato prelimi-
nar o precontrato o promesa de contrato.

NOTAS

- (1) La doctrina anterior a la ley sostenía que de la cláusula compromisoria — surgía una acción para reclamar la conclusi'on del compromiso. Así PRIETO-CASTRO, en el Arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas, en Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, II, - Madrid 1.950, pág. 443.

32. Pero la doctrina general del precontrato es oscura con diversas concepciones que exigen su exposición con el fin de poder encuadrar dentro de alguna de ellas a la cláusula compromisoria regida por la Ley interna de arbitraje. — Para un sector de la doctrina, la promesa de contrato es admisible y eficaz — aunque dejen de pactarse o establecerse contractualmente los elementos esenciales del futuro contrato (1).

NOTAS

(1) MORO LEDESMA, El precontrato, Notas para un estudio. Revista Crítica de — Derecho Inmobiliario 1.934, pág. 568.

33. Según la concepción más generalizada o clásica el contrato preliminar es — un contrato perfecto y obligatorio que tiene por fin asegurar la celebración — de un determinado contrato futuro (1). Las características fundamentales de esta teoría son :

1. Del precontrato surge la obligación de celebrar en el futuro un contrato.
2. El precontrato debe contener ya los elementos esenciales del futuro contrato.
3. Por el precontrato las partes se obligan posteriormente a emitir un consentimiento contractual que de vida al segundo.

NOTAS

(1) GASTAN, Derecho Civil Español, Común y Foral V,X, Madrid 1.977, pág. 27.

34. La sentencia del 2 de Marzo de 1.966 estudia con profundidad esta tesis — clásica .

"Que cuando dos o más personas convienen entre sí llegar en un — tiempo futuro a la conclusión de un contrato determinado existe un "pactum preparatorium" o "pactum de contrahendo", contrato preliminar o precontrato "VOR-VERTRAG, según los pandectistas alemanes".

"Que el fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del —

contrato futuro, en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizás más oportuno, " gradu tardiori et praemeditado ", la conclusión del - contrato definitivo disminuyen la posibilidad de fraudes y engaños ".

"Que el contrato preliminar es un verdadero contrato, un - contrato consensual "no regulado" esto es "atípico", cuyo objeto es un "facere" y precisamente la formación de un contrato obligatorio, un "contrahere"/ futuro, teniendo como característica, que la conclusión del contrato definitivo extingue a un tiempo la obligación que nace del contrato preliminar y - crea una nueva "

"Que no debe confundirse el contrato preliminar con la promesa unilateral de contratar (" pollicitatio de contrahendo ") ni con los - simples tratos preliminares ("tractatus") ni con la simple "minuta" ("Delineatio"), aunque haya casos en que los tratos preliminares o la minuta puedan asumir el carácter de contratos preliminares, ni menos debe confundirse/ con el contrato a término, ni con el contrato condicional, ni con los llamados "negotis claudicantis", ni con los contratos bilaterales "si volet", por tener la naturaleza jurídica de contratos definitivos ".

"Que el contrato preliminar para existir y ser válido ha - de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo, pero que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior".

"Que aún cuando agún sector de la doctrina científica rechaza la posibilidad de que puedan existir contratos preliminares de contratos - definitivos consensuales, fundados los autores que tal propugnan en que siendo esencial en el contrato preliminar el acuerdo sobre todos los puntos del/ contrato principal, no difiere de éste, y cualquier denominación que se adopte o no debe tener valor o debe producir los mismo efectos que el contrato - principal tomado en consideración, estos argumentos no son decisivos, pues - aparte de no ser necesaria la determinación de todos los elementos especifi-

cos del contrato mismo, quien asume la obligación de "querer" concluir solo en el futuro un contrato consensual, niega con esto " querer actualmente " dicho/ contrato, diferencia que no es meramente abstracta, pues coincide con la distinción entre el acto presente y el acto futuro independientemente de sus efectos ".

35. Esta concepción del precontrato va a sufrir muchas críticas. Se ha dicho — (1) que "esta configuración del contrato preliminar lo hace una figura inútil" Si A promete a B que le venderá su casa en X pesetas ¿por qué obliga a la prestación de un nuevo consentimiento contractual cuando ya está dado ?

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO Y GUYON, Sistema de Derecho Civil, II, Tecnos, pág. 54.

36. Algún autor (1), dice que en el precontrato no se trata de un contrato que promete otro contrato, sino de un contrato base, en el cual las partes prometen su actividad dirigida al descubrimiento necesario para su conclusión definitiva. En el precontrato se conviene, de momento, unas bases contractuales, dejando para después su desarrollo. Las partes no deben celebrar en el futuro un — verdadero contrato, sino simplemente desarrollar las bases de un contrato complejo contenidas en el negocio precontractual. De acuerdo con esta idea se define el precontrato como "un contrato preparatorio, consensual bilateral y atípico o general, en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un — contrato específico y contraen la obligaci'ón de desenvolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede, en definitiva, completo y — concluso".

NOTAS

(1) ROCA SASTRE, Estudios de Derecho Privado, I, 321.

37. La sentencia del TS de 5 de Octubre de 1.961 en cierto sentido recoge esta línea doctrinal .

"Que así configurado el precontrato o promesa de contrato, no cabe duda que origina una obligación por las partes contratantes, la de desenvolver o complementar las bases sentadas en el precontrato, desarrollando la activi —

dad precisa para ello; y el incumplimiento de tal obligación puede suplirla el juez si es requerido para ello, siempre y cuando esa actividad que hay que desplegar, sea tangible o sustituible y siempre que en el precontrato se hayan establecido las bases fundamentales del contrato futuro, principal o prometido.

38. Para otro sector doctrinal (1) (tesis moderna) en el precontrato, la relación contractual se abre ya a las partes en el momento mismo de su colbra-ción. Lo ~~que~~ ocurre es que se reservan, ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor de un contrato proyecta-do, la de determinar a su voluntad el momento de su exigibilidad. El pre-contrato crea un vínculo obligatorio, pues, del que nace la peculiar facultad - de poner en vigor y en funcionamiento el proyectado contrato (sin necesidad de una segunda declaración de voluntad), pero todavía no pesan sobre las - partes los derechos que constituyen el contenido típico de la relación obli-gatoria en su fase definitiva. La promesa de contrato es sólo una etapa pre-paratoria de un iter negocial y como tal debe ser valorada. En ^{la} relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir.-según este sector doctrinal- dos momentos : 1º. Promesa de contrato en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigir-lo, que funciona con cierta independencia, en cuanto tiene su propia cauda. 2º. La exigencia de ~~om~~plimiento de la promesa, que origina la vigencia del - contrato que fuera proyectado.

La . promesa de contrato tiene, pues, -se termina- carácter de - figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediata-mente un vínculo obligatorio ~~entre~~ las partes, con propia causa del que nace/ la peculiar facultad de poner en actual funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejercita la facultad, la plena eficacia) al proyectado con-trato; relación jurídica que puede agotarse en estas primeras etapas, cuando/ se extingue sin haber creado la relación contractual que se proyectara.

NOTAS

(1) DE CASTRO, La promesa de contrato, A.D.C. 1.950 pág. 113 y ss.

39. La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1.950 parece inclinarse por esta doctrina cuando dice en uno de sus Considerandos que " para la consumación del contrato de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquell contrato " (1)

NOTAS

(1) Ver también STS 27 de FEBRERO 1.954, 21 DICIEMBRE 1.955, 2 FEBRERO 1.959, 5 DE OCTUBRE 1.961 entre otras.

40. La mayoría de la doctrina considera que la cláusula compromisoria es un/ contrato preliminar que tiene por objeto la conclusión de un contrato futuro denominado compromiso. Por consiguiente, se sigue la tesis clásica de precontrato.

Así se ha dicho (1), indudablemente la cláusula compromisoria es un precontrato, contrato anterior a otro.

Un contrato que se concluye "actualmente" y que vincula a las partes a la cooperación y conclusión de un futuro contrato ; por lo que han de/ estipularse las líneas generales y de principio de este futuro contrato para saber lo que a lo que quedan obligadas las partes: " hacer" un contrato ante/ Notario con determinado contenido o clausulado. Prestación -se sigue diciendo- que en general es infungible por depender de un acto de voluntad individual, difícil de "sustituir" por los órganos jurisdiccionales, salvo si el precontrato permite por su específica concreción deducir con claridad el nexo principal sin violencias exegéticas atrevidas y tal vez no previstas en el preparatorio.

NOTAS

(1) RODRIGUEZ VALCARCE, El Arbitraje privado, R.D.P. 1.954, pág. 179 y ss.

41. Abundando en esta doctrina, se ha escrito (1), el arbitraje suele venir/

precedido por una estipulación previa en la cual las partes no ya comprometen, sino que se obligan en el futuro a comprometer

¿Y en que consiste esa preparación del arbitraje? -se pregunta este - autor-. Simplemente en que el arbitraje sea pactado de antemano; en que los - contratantes prevean, si se quiere con una previsión de segundo grado, la posibilidad de un conflicto futuro, aún no existente y se ligen para un compromiso que, entonces, ha de ser estipulado. Es el anuncio del compromiso, bien entendido que anuncio vinculante, que liga a las futuras partes del arbitraje, y - que por ello alcanza trascendencia de derecho también para terceros.

Por el contrato preliminar de arbitraje las partes quedan unidas para el futuro, por el contrato de arbitraje, una vez consumado, las partes quedan - separadas para el futuro. Autonomía, por lo tanto, del contrato preliminar, - autonomía que sirve para afirmar que el contrato preliminar de arbitraje no se confunde con el contrato arbitral, ni con el compromiso, por ejemplo, propia - mente dicho. (1) .

NOTAS

(1) GUASP, El Arbitraje, op. cit., pág. 77.

42. La jurisprudencia anterior a la ley de Arbitraje de Derecho Privado sostenía el carácter de precontrato de la cláusula compromisoria y añadía que el - pacto queda ineficaz si el requerido se opone a dicho requerimiento, porque tal obligación por su carácter personalísimo no puede ser impuesta.

Así la St. del 24 de Marzo de 1.947 declaraba que :

"El pacto compromisorio inserto en un contrato es una cláusula que - confería a cada uno de los contratantes acción para exigir del - otro cumplimiento de lo pactado y el otorgamiento de la correspon - diente escritura de compromiso."

43. Nuestra jurisprudencia admite la tesis clásica de la promesa del contrato.

En este sentido, la St. de 5 de Mayo de 1.958 afirmaba que:

"La cláusula compromisoria es un precontrato o contrato anterior a/ otro que se concluye actualmente y que vincula a las partes - y so- lo a ellas - a la formación de un negocio futuro (compromiso) cu

yas líneas generales y de principio ha de contener aquella para conocer de antemano a que estipulaciones quedan obligadas resolviendo en definitiva en una prestación de "hacer" colaborando activamente a una declaración de voluntad contractual con el fin de eliminar "a priori" la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado al surgir controversias que inciden en las relaciones o situaciones de derecho dispositivo y que los propios/ interesados por varias razones desean solucionar, no directamente por la transacción, sino a través de criterios decisorios emitidos por personas de su más absoluta confianza acaso especializadas en materia, y fuera de solemnidades forenses".

La St. de 20 de Noviembre de 1.958 establece que :

"Después de la publicación de la ley de 22 de Diciembre de 1.953, en que se regula separadamente la llamada cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje y la verdadera escritura de compromiso que se puede y debe otorgar consecuencia de aquella, es este segundo contrato el que según el art. 19 de dicha ley — puede impedir a los jueces o tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, Si la parte a quien interese convoca el compromiso mediante la correspondiente excepción".

La St. de 26 de Septiembre de 1.964 expresa que :

"Habiéndose otorgado la escritura de compromiso queda sin efecto el contrato preliminar " (1).

Por último, la St. de 11 de Octubre de 1.979 dice que:

"La cláusula compromisoria establecida en la escritura de constitución de la sociedad conforma a la cual "cualquier diferencia/ entre los socios con relación a esta sociedad será resuelto — por arbitraje establecido en la ley de 1.953", es figura distinta de la del compromiso no integrando sino un convenio preparatorio de arbitraje que autoriza a las partes intervinientes/

a compelerse recíprocamente a la formalización del contrato de arbitraje (2), en donde radica la fuerza vinculante de esa cláusula conforme al art. 1.091 del Código Civil o en su defecto — acudir al juzgado para lograr la formalización del mismo".

NOTAS

- (1) La cláusula compromisoria de la Ley de 22.XII.53, tiene siempre por objeto un compromiso, pero la inversa no es cierta: puede suceder que las — partes acudan al proceso arbitral, obligándose por medio de un compromiso, pero sin que previamente las partes hubieran previsto aquel arbitraje por un pacto compromisorio.
- (2) En la jurisprudencia y en la doctrina, contrato de arbitraje equivale a compromiso.

44. Al examinar los motivos de nulidad previstos en el art. 1691 nº. 3 Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal Supremo compara el laudo arbitral con la escritura de compromiso, con lo que admite que este contrato constituye el origen directo del proceso arbitral e implícitamente que la cláusula compromisoria tiene por objeto la formalización de aquél. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1.979 declara que :

"Interpuesto recurso de nulidad con motivo determinante del mismo el hecho de haber resuelto los Árbitros de equidad extremos no — sometidos a su decisión juzgadora, la interpretación estricta — del precepto aducido lleva a entender que únicamente podrá alcanzar éxito la pretensión impugnatoria si se prueba que los Árbitros se salieron del terreno delimitado para su legal actuación/ en el compromiso formalizado, incurriendo en abusos de sus funciones al resolver sobre lo que no se confió a su facultad decisoria".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1.978 se expresa de la — siguiente manera:

"Que, para que pueda prosperar el recurso de nulidad, establecido en el art. 3º. de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953, contra/

los laudos dictados por los árbitros de equidad, fundado en el extremo 2º del nº. 3 del art. 1.691 LEC, es preciso que dichos señores hayan rebasado en su actuación el mandato que les fue - conferido en la correspondiente escritura de compromiso, resolviendo cuestiones de carácter principal, no incluidas en las - mismas ".

Resumiendo esta doctrina jurisprudencial la St. de 11 de Mayo/ de 1.934 manifiesta que :

"La escritura de compromiso contiene la norma legal a que se someten las partes, traza el círculo en que debe desenvolverse - los amigables componedores y no admite interpretaciones extensivas; y por ello no es lícito a los árbitros decidir cuestión - alguna no sometida ni sacar de ella otros efectos que los requeridos por las partes en contienda, ni dejar de hacer declaración sobre alguno de los puntos fijados; adoleciendo, por - consiguiente el laudo que no se ajusta a la convención de vicio esencial de nulidad que debe ser declarado cuando se recurra al amparo del nº. 3 del art. 1.691 LEC".

45. Diversa jurisprudencia recoge la idea de que es el compromiso el que da la vida a la institución arbitral y por tanto la cláusula compromisoria tiene como única finalidad la formalización del mismo. La St. de 23 de Marzo de 1.945 afirma que :

"El compromiso es fuente inmediata de poder jurisdiccional - atribuido a los amigables componedores (1) ".

La St. de 27 de Diciembre de 1.956 dice que :

"El compromiso es fuente única de la institución"

La St. de 27 de Abril de 1.962 se expresa en el sentido de que :

"El arbitraje se ha de establecer siempre por contrato y en escritura pública".

La St. de 21 de Noviembre de 1.963 manifiesta textualmente:

"Consecuencia del principio dispositivo, se concede a los ciudadanos libertad para resolver sus diferencias de orden privado - mediante la designación por ellos de la persona que debe pronunciarse sobre el conflicto planteado, encomendando su resolución a un organismo extraoficial denominado arbitraje, al que las partes comprometentes le confieren la facultad de juzgar en un caso concreto mediante el contrato de compromiso, que es el que - da vida a toda la institución arbitral".

NOTAS

(1) Clara manifestación de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

46. Doctrina moderna del precontrato, Un cierto sector doctrinal (1), siguiendo la doctrina moderna de precontrato afirma que la cláusula compromisoria no tiene por objeto la conclusión del compromiso.

Según Díez-Picazo la "Ley de 22 de Diciembre de 1.953" (2) evita cuidadosamente la afirmación de que el pacto compromisorio produce la obligación de celebrar un contrato de compromiso, limitándose a decir que las partes se obligan a instituir el arbitraje (art. 6) y a realizar los actos necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto. Decir que las partes se obligan a celebrar un contrato de compromiso y decir que se obligan a instituir el arbitraje son cosas evidentemente distintas. Arbitraje no es un contrato, sino una institución de solución privada de un conflicto de intereses (art. 2) un proceso privado, Compromiso es el contrato creador de este arbitraje, pero creador/ en forma directa e inmediata (art. 12). De otro lado, si contrato es el negocio bilateral creador de una relación jurídica, con rigor técnico no puede hablarse de contrato en este segundo momento, porque la relación está creada ya/ y lo único que cabe hacer es desarrollarla, darle su curso normal, realizando los actos necesarios para que se pueda efectuar el tránsito de una fase a otra de la relación, del momento prearbitral al arbitraje definitivo. Es menester - insistir en que este tránsito se verifica mediante la realización de unos "ac-

tos", que en ningún caso pueden constituir un segundo contrato. Tiene interés todo ello porque es la primera vez fuera de la regulación vaga e imprecisa de las promesas de comprar y vender del art. 1451 código civil en que nuestro derecho positivo se ha encarado con un fenómeno precontractual. Se debe matizar hasta el máximo para extraer todo el jugo que la norma posee. Y así se observa:

1º., que sólo se llama contrato al acto que abre toda la relación jurídica.

2º., que esta regulación tiene una fase previa, prearbitral.

3º., que el tránsito de este momento al arbitraje definitivo se realiza mediante la ejecución de los actos necesarios y que a esta operación de tránsito se la denomina formalización judicial. De todo ello parece deducirse que la ley, con un sentido progresivo, ha abandonado las doctrinas clásicas para acogerse a las direcciones más recientes.

Quedaría cojo este análisis si no se intentase penetrar en el sentido de la denominación contrato preliminar de arbitraje con que los arts. 7, 8, y 9 y la Exposición de Motivos de la ley se refieren al pacto compromisorio. ¿Qué se ha querido decir con la expresión contrato preliminar?. A primera vista parece natural que contrato preliminar o previo se oponga a contrato posterior o definitivo y que lo que se hace es volver a la doctrina tradicional que exige dos contratos unidos por un nexo causal. Sin embargo, sorprende que a este contrato posterior, consecuencia obligada del contrato primero, no se hace referencia en ningún momento y sorprende también el choque de esta interpretación con el sentido claro de lo expuesto anteriormente.

¿Qué otro sentido puede dársele a la expresión que sea más acorde con las conclusiones ya obtenidas? Contrato preliminar no se opone a contrato posterior, ni es necesaria la existencia de dos contratos. Se quiere decir simplemente que el contrato, el negocio creador de todo el vínculo jurídico, es preliminar, esto es, que puede realizarse previamente, antes que el conflicto que se quiere resolver se haya producido. Hay dos posibilidades, dos formas de creación del arbitraje, una creación previa que desembocará en una relación de dos tramos y otra creación posterior que abre solamente el segundo tramo. Las —

partes podrán optar por cualquiera de ellas, pero cada una, como es natural, se desenvolverá conforme a las reglas de peculiar naturaleza. De este modo, el examen del significado de las expresión contrato preliminar no hace más que reforzar el sentido de todo lo anteriormente expuesto. El contrato, el acto creador, se realiza en un momento anterior y desde este momento queda trabada la vinculación (2).

NOTAS

- (1) DIEZ PICAZO, El Pacto compromisorio y la nueva ley de arbitrajes, A.D.C.- 1.158 y ss.
 (2) ver Tb. OGAYAR, El contrato de compromiso y la institución arbitral. Ed.- Revista de Derecho privado, Madrid, 1.977, pág. 123.

47. Esta doctrina es la que más se adecúa a las modernas orientaciones sobre el Derecho de Arbitraje: sostiene la tesis de que se puede pasar de la cláusula compromisoria al arbitraje directamente sin necesidad de un compromiso.

Sin embargo, no tiene aceptación ni en nuestra doctrina ni en la jurisprudencia, como acabamos de ver.

Además ¿cómo se fijaría el objeto del litigio?. ¿Se podría fijar siguiendo las más modernas tendencias internacionales, en la demanda de arbitraje?. La jurisprudencia y la ley contestan negativamente: el objeto del litigio se fija en el compromiso.

48. La pregunta a hacerse es la siguiente: ¿Puede fijarse el tema de la litis/ en los escritos de alegaciones del proceso arbitral? La respuesta jurisprudencial ha sido negativa.

La St. de 15 de Noviembre de 1.963 declara en su considerando primero que:

"Bajo el primer motivo del recurso formalizado al amparo del nº. 3 del art. 1692 LEC se trata de incongruente la resolución recurrida porque no ha hecho declaración sobre todas las pretensiones deducidas puesto que el Letrado del recurrente en su escrito de contestación a las alegaciones de la contraparte, hizo constar que el Señor L. se le había adjudicado un tractor "Farmall" en unas 100.000 pts. que pagó el administrador sin que —

hasta la fecha hubiera, devuelto ni el tractor ni el dinero, motivo desestimable porque el proceso de arbitraje tiene un origen eminentemente contractual, creado por voluntad de las partes, las que convienen someter sus diferencias sobre determinados puntos, causa de controversia, a la decisión de terceras personas denominadas árbitros, sustrayendo o apartando el poder público representado por los órganos jurisdiccionales de la Administración de justicia del conocimiento y decisión de aquella y así examina el articulado de la ley de 22 de Diciembre de 1.953 que vino a desarrollar la institución de arbitraje y su procedimiento, salta a la vista como el tema de la litis objeto de decisión en su día por la resolución arbitral ha de fijarse o determinarse en la propia escritura de formalización del compromiso suscrito por las partes, especificando así como requisito indispensable de la misma el nº. 5 del art. 17 de la referida ley y cuando por la voluntad obstativa de alguna de las partes haya de llegarse a la formalización judicial en los supuestos que determina el art. 9 de la ley de Arbitraje, si el juez accediera a ello, conforme determinó el párrafo segundo de la regla cuarta del art. 10. de la misma ley, entre las declaraciones necesarias que le impone se halla igualmente la fijación de las cuestiones que hayan de ser resueltas por los árbitros, viniendo tal determinación a integrar la verdadera pretensión procesal dentro del especial desenvolvimiento del proceso, sin que las manifestaciones que las partes puedan hacer a través de sus escritos de alegaciones a que hace referencia las reglas 1ª y 2ª del art. 27 de la propia ley, puedan merecer la calificación de auténticas pretensiones procesales, pues si excedieran del área de la cuestión contractualmente sometida a decisión arbitral y fijada en la correspondiente es -

critura o auto resolutorio de la formalización judicial y los árbitros entrarán a su decisión, podrían incurrir en incongruencia por exceso de poder".

La sentencia de 31 de Enero de 1.971 declara, en su primer considerando que :

"Bajo el primer motivo del recurso formalizado por la representación de Don. A.P., al amparo del nº. 2 del art. 1692 LEC, - se trata de incongruente el laudo recurrido por el simple hecho de no acceder a las pretensiones que el recurrente mencionado formula en su escrito de alegaciones, sin tener en cuenta que el proceso de arbitraje tiene un origen eminentemente contractual creado por la voluntad de las partes, las que convienen someter sus diferencias sobre determinados puntos a la decisión de terceras personas denominadas árbitros hasta tal punto que el tema de la litis objeto de decisión en su día — por la resolución arbitral, ha de ser, no precisamente las manifestaciones y pretensiones que las partes pueden hacer a través de sus escritos de alegaciones a que hace referencia — las reglas 1ª y 2ª del art. 27 de la ley de Arbitraje de 22.- XII.53 como en este recurso pretende el recurrente, sino el — fijado en la propia escritura de formalización del compromiso/ suscrito por las partes, como así se especifica en el nº. 5 — del art. 17 de la referida Ley".

49. En cuanto a la ley el art. 9, párr. 2º. establece que "caso de que alguna de las partes se negase a verificarlo (el compromiso) o lo hiciera de modo que resultar inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al juez pudiendo la formalización judicial del compromiso "

El art. 11 decreta que "si el compromiso no se hubiera voluntariamente formalizado ..., el contrato preliminar quedará sin efecto."

El art. 30 se expresa diciendo que "contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad, solo cabrá recurso de nulidad ante la Sala de Tribunal Supremo, por los motivos y según el procedimiento que se establecē/ en el art. 1691 n.º. 3 y en los artículos 1774 a 1780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. "

A tenor del art. 1774 LEC " con el escrito formalizando el recurso de casación contra las sentencias de los amigables compondores se presentarán:

1º. El testimonio de la escritura de compromiso. "De donde se deduce que para nuestra Ley interna de Arbitraje, sin compromiso - no hay proceso arbitral; la cláusula compromisoria o tiene por/ objeto la conclusión del contrato de compromiso o no es nada.

50. La doctrina española, ateniéndose a la Ley de Arbitraje y al carácter contractual que se le ha querido dar, ha definido este contrato (1). Se ha dicho/ (2) que es un "contrato por virtud del cual las partes se obligan a instituir - un arbitraje, o lo que es lo mismo, a someter determinadas diferencias de posible surgimiento al juicio de árbitros ", "Se podría describirla (3) como una - estipulación principal o accesoria, por la que las partes interesadas en una - relación jurídica singular se comprometen previamente a instituir el arbitraje privado en el caso de que lleguen a surgir diferencias entre ellas, que determinan la existencia de una cuestión controvertida".

Un autor (4) declara que en vista de los artículos 6º y 8º. de la - Ley de 22.XII.53, puede definirse este contrato como aquella "convención en - virtud de la cual, las partes, en previsión de futuras diferencias que entre - ellas puedan surgir en torno a una relación jurídica singular, preparan el arbitraje, comprometiéndose previamente, bien en un pacto general, bien en una - estipulación accesoria a instituirlo en su día. "

NOTAS

((1) Antes de la Ley de Arbitraje, tanto HERCE QUEMBA (Nueva enciclopedia ju-

rídica "Seix", II, pág. 627) como CERRILLO (Nueva Enciclopedia jurídica — SEIX IV, pág. 181 VOZ CLAUSULA COMPROMISORIA) describían la cláusula compromisoria como una "convención preliminar o preparatoria, agregada de ordinario a un contrato, en vista agregada de ordinario a un contrato, en vista — de la decisión de controversias futuras".

(2) DIEZ PICAZO, El Pacto..., op. cit., pág. 1156 y ss.

(3) ESPIN, Manual de Derecho Civil Español, Madrid 1.974, IV Ed, III pág. 404.

(4) CASTAN, DERECHO CIVIL ..., op. cit. , IV pág. 769.

51. A su vez, la St. de 24 de Abril de 1.941 la había descrito como "una conven
ción preliminar, o preparatoria mediante la cual las partes, en previsión de -
futuras diferencias, se obligan a someter a la decisión de árbitros o amig —
bles componedores todas o algunas de aquellas".

52. Desde mi punto de vista la cláusula compromisoria puede ser definida como
aquel " contrato procesal que, bastándose a sí mismo, obliga a las partes a -
someter sus controversias futuras al fallo de un Tribunal Arbitral, el cual —
ejercerá su actividad jurisdiccional a través de un proceso creado en el mis-
mo contrato. "

53. Los caracteres del mismo son:

1.—Es un contrato de Derecho Procesal.

2.—Es un contrato consensual que no necesita para su perfección más/
que el consentimiento de las partes.

3.—Es un contrato que se basta a sí mismo, es decir, cuando nace el/
litigio no tiene por objeto la conclusión del contrato de compromi
so.

54. La cláusula compromisoria se fundamenta en dos principios generales del de-
recho:

—PPO. DE RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS.

—PPO. DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD .

55. Principio de renunciabilidad de los derechos subjetivos privados. Ha' di -
cho CARRERAS que "en el fondo de todas las normas que regulan el arbitraje la
te como principio fundamental el de la renunciabilidad de los derechos subjeti
vos privados. Derecho y deber pertenecen a distinta esfera del obrar humano; -
el derecho, como facultad, corresponde a la esfera de la libertad el deber por

el contrario, entraña necesidad, de tal modo que el obligado se ve contraído/ a obrar en interés de otros.

Ahora bien, si el titular de un derecho pudiera verse en algún - momento obligado a ejercitarlo, dejaría de ser facultad y se llegaría a una - verdadera contradicción; por esto se ha dicho que el derecho, como reverso de la medalla, no supone deber de ejercicio, sino una carga de dicho ejercicio.

Pero es más, si el titular de un derecho puede no ejercitarlo, — es lógico que se otorgue validez a su decisión de no ejercitarlo en lo futuro o sea, a su renuncia. Solo que, mientras el no ejercicio no puede sujetarse/ a límites sin romper la separación entre derecho y deber, la renuncia puede/ limitarse en el sentido de negarle validez en ciertos casos, y permitir que, a pesar de ella, pueda el titular del derecho ejercitar éste aún después de renun- ciarlo.

Estos límites pueden referirse a la forma de la declaración en - que la renuncia consiste, o a la materia u objeto del derecho renunciado. El - Derecho español incluye estos límites en un principio general al establecer en el art. 6º. 2. del código civil que " ... la renuncia a los derechos en ella - (la ley) reconocidos solo serán válidas cuando no contrarían el interés o el/ orden público ni perjudiquen a terceros".

La renunciabilidad de los derechos subjetivos, que adopta di - versas modalidades, en el campo jurídico material, tiene también importantes - repercusiones en el campo del proceso. Veamos seguidamente el doble sentido en que opera procesalmente aquel principio, consagrando los llamados derechos de disposición material y procesal.

Se considera en primer término, que si el titular de un dere - cho puede disponer de él aún antes de surgir una controversia y discutirse su - existencia o efectividad en un proceso, no existe motivo alguno para que pier - da su derecho de disposición su derecho al derecho, podríamos decir, por el he - cho de que el proceso se haya iniciado o haya surgido el conflicto; además el - mismo proceso no puede nacer sin el concurso del titular del derecho, ya que/

de otro modo la jurisdicción estatal vulneraría la misma facultad dispositiva del particular. El principio de la justicia rogada, imperante en la casi totalidad de los regímenes jurídicos, entraña el reconocimiento de esta facultad/dispositiva del particular, de la cual depende el nacimiento del proceso y — los límites en que el mismo proceso ha de desenvolverse.

El particular puede, por tanto, delimitar el objeto del proceso, plantear en él una y otras cuestiones, fuera de las cuales el fallo queda viciado de incongruencia; y puede, en consecuencia disponer materialmente del objeto del proceso, renunciando a su derecho o a la acción ~~que~~ en él se funda/ o transigiendo sobre la relación jurídica discutida en el mismo proceso.

Y es lógico que, si se le concede tan amplia disposición sobre el objeto del proceso, se le conceda también una facultad dispositiva sobre el tratamiento del objeto procesal; o sea, que al lado del derecho de disposición material debe atribuirse también a las partes procesales un derecho de — disposición procesal. Esta facultad dispositiva no puede negarse a las partes sin caer en el vicio de incongruencia.

Los derechos de disposición procesal son ejercitados por las — partes, muy a menudo, por medio de convenio o acuerdos,, cuya conclusión vincula al juez a determinar su actividad ulterior o su inactividad total. Muestra de estos convenios son los acuerdos sobre prueba y la inversión de la carga — de probar; los acuerdos sobre competencia territorial, que producen la derogación de las normas legales mediante las cláusulas sumisorias; la cláusula solve et repete etc.,

Y uno de los convenios, quizá el más importante, por medio de/ los cuales, las partes ejercitan aquella facultad dispositiva es el que tiende a sustraer al conocimiento de los órganos jurisdiccionales públicos, de modo total o personal, la sustanciación y enjuiciamiento de un proceso y de las cuestiones que constituyen su objeto. Nace entonces el proceso arbitral y la propia actividad jurisdiccional de los órganos públicos se entregan a personas — distintas de las partes y de los funcionarios encargados de administrar justicia.

NOTAS

(1) FENECH-CARRERAS, Estudios..., op. cit. págs. 434 y ss.

56. Esta fundamentación teórica del contrato arbitral se basa en una concepción de la jurisdicción arbitral como excepcional. Desde mi punto de vista, al lado de la jurisdicción ordinaria pública o estatal se encuentra la jurisdicción ordinaria arbitral. Desde el momento en que el justiciable tiene la libre disposición de los derechos en litigio, puede elegir entre una y otra justicia. Y las partes, en base a la autonomía de la voluntad consagrada en el Derecho común (principio de libertad de contratación), puede escoger por medio de un contrato la jurisdicción que mejor convenga a sus intereses. Dicho con otras palabras, puede ejercitar su derecho dirigiéndose a la jurisdicción arbitral por medio de una cláusula compromisoria (1) (2).

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO Y GULLON, Sistema de Derecho Civil I, Tecnos, 2ª Ed, Madrid — 1.978.

(2) La jurisprudencia ha reconocido ampliamente, el principio de libertad de contratación.

4. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON LA CLAUSULA DE SUMISION.

57. En el arbitraje interno (1)" las partes contratantes cuentan con un órgano jurisdiccional establecido por el propio Estado que tiene como misión decidir con carácter definitivo sobre las controversias o conflictos que surjan entre/aquellas. El estado garantiza la actuación de sus jueces para que el juicio que se emite en la sentencia sea justo. Las normas públicas del procedimiento garantizan el proceso jurisdiccional de acuerdo con los principios y formas de cada ordenamiento jurídico.

Normalmente se concede a las partes un derecho de disposición para la elección del juzgado o tribunal, pero esto sólo a los efectos territoriales (2), pero si existen varios juzgados o tribunales del mismo orden en una misma ciudad se prohíbe la sumisión a un juez o tribunal elegido por las partes. Esto sin contar con las posibles restricciones establecidas en las leyes —

de procedimiento limitando la libertad de elección ; para evitar que la parte sociológicamente más fuerte imponga a la parte más débil la competencia de un tribunal alejado de su residencia que encubriría en definitiva una indefensión. En España y como ejemplo, en materia de seguros la competencia para el conocimiento y decisión de los siniestros habrá de ser necesariamente la del lugar de domicilio del asegurado, sin que pueda pactarse la sumisión al Tribunal del lugar de la sede de la aseguradora. El pacto en todo caso sería nulo y no produciría ningún efecto.

La elección por las partes de un juez determinado esta normalmente prohibida por la legislación procesal interna. La única forma de elegir un juez de la confianza de las partes es recurrir al arbitraje interno. Las leyes permiten en general la exclusión de la jurisdicción ordinaria para la solución de un conflicto concreto o para una determinada conflictualidad derivada de una concreta relación jurídica. Mediante la cláusula compromisoria inserta en un contrato se puede excluir la jurisdicción ordinaria para cualquier conflicto relacionado con el contrato, que surja en el futuro entre las partes contratantes.

Así pueden las partes contratantes elegir árbitro o Tribunal arbitral que resuelva sus conflictos, si ha lugar de ello, en el ámbito de su relación contractual eliminando los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria."

58. Por consiguiente, la cláusula compromisoria se asemeja a la cláusula de sumisión en que las partes convienen en no confiar la solución de sus conflictos a la jurisdicción competente. Así, se ha dicho (2) el acuerdo de someter la decisión de una controversia a un juez o tribunal determinado con renuncia del fuero propio guarda afinidad con el convenio de someter a árbitros las diferencias que surjan con motivo de la interpretación o ejecución de un negocio jurídico. Por la sumisión expresa se trata de excluir del conocimiento del tribunal del domicilio del demandado un asunto litigioso del que, por esta causa, habrá de conocer otro tribunal que viene designado con precisión. Por

la cláusula compromisoria, las partes de un negocio acuerdan someter los litigios que de él se deriven a jueces -árbitros. Como ello -se dice- supone una elección y toda elección entraña dos términos, uno que se rep ~~ele~~ y otro que se acepta, resulta evidente que el contrato arbitral tiene como contenido excluir los tribunales del Estado que al igual que la renuncia del fuero del domicilio respecto de la sumisión expresa, constituyen el Derecho Común, en pro de otros tribunales no estatales que se aceptan como Derecho especial. Es decir, como en la sumisión expresa, se dan dos términos, negativo y positivo que integran el contenido del contrato compromisorio. La ley interna interviene aquí para autorizar a las partes a esta prórroga de competencia, de tal manera que la sumisión a la jurisdicción arbitral se efectúa gracias a la voluntad de las partes, pero con el concurso de la ley.

NOTAS

- (1) FENECH, Arbitraje en las relaciones ..., op. cit., nº. 192, pág. 2.
- (2) PELAEZ DEL ROSAL, La competencia ..., op. cit., pág. 194.

59. La jurisprudencia, en la sentencia del 17 de Marzo de 1.966 ha reconocido esta semejanza al declarar que :

"Al contrato preliminar de arbitraje han de aplicarse por analogía las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que admiten la sumisión expresa, deducida de los actos anteriores, coetáneos y/ posteriores a la celebración del contrato objeto de la controversia".

60. El concepto de sumisión arbitral implica el concepto de COMPETENCIA ARBITRAL o como prefiere decir la doctrina, la COMPETENCIA JURISDICCIONAL ARBITRAL. Se ha dicho que el instituto de la competencia es contiguo al del arbitraje (1).

NOTAS

- (1) PELAEZ, La Competencia ..., op. cit., nº. 413.

61. La jurisprudencia italiana ha reconocido este hecho (1) al afirmar que :

"La cláusula compromisoria tiene estructura negocial, pero pro-

duce como único efecto el de sustraer al juez ordinario la -
cognición de una o más controversias, con la consiguiente -
atribución de ellas al juez privado. Por consiguiente, la in-
dagación sobre la validez de una cláusula compromisoria se -
resuelve en una cuestión de competencia."

NOTAS

(1) CASACION, 27 de Julio de 1.957, nº. 3.167.

62. Algún sector doctrinal no está demasiado conforme con el concepto de compe-
tencia arbitral ya que la competencia (1) supone siempre un tribunal estatal -
válidamente constituido y en el caso de arbitraje el tribunal es meramente pri-
vado. Refiriéndose al Derecho Italiano (2), se ha expuesto que del hecho que -
la ley consienta a las partes derogar, evadirse del régimen ordinario de admi-
nistración de justicia, surge naturalmente una cierta delimitación recíproca -
de atribuciones entre jueces estatales y jueces-árbitros que solo impropiamen-
te se califica de delimitación de competencia. En efecto -se dice- competencia en
sentido propio no puede referirse más que a los límites de ejercicio de la fun-
ción jurisdiccional en las relaciones entre unos jueces y otros como sistema -
de órganos diferenciados, pero homogéneos. En cambio los árbitros no son órga-
nos del Estado. Pero dicha terminología -añadiríamos nosotros- ha penetrado, -
sin embargo también en el código procesal italiano (art. 817) y en la jurispru-
dencia.

NOTAS

(1) PELAEZ DEL ROSAL; La competencia ..., op. cit. nº. 412.

(2) REDENTI, El compromiso ..., op. cit., págs. 18 y 19

63. La jurisprudencia francesa ha reconocido la analogía entre la cláusula com-
promisoria y la cláusula de sumisión:

En una sentencia (1) declara que :

"La jurisdicción arbitral no tiene competencia propia, sino -
que tiene una competencia "de prestado" por el juego, en su/
beneficio, de una prórroga convencional de la competencia de

otra jurisdicción y que la prórroga misma está sometida a las condiciones habituales de las convenciones de manera que el consentimiento, en virtud del cual hace, puede también hacer cesar sus efectos; que no es dudoso que una cláusula compromisoria que tiene por efecto crear una prórroga voluntaria de jurisdicción en beneficio de un Tribunal Arbitral o de un árbitro con motivo de controversias que, por su naturaleza (*ratione materiae*) son de la competencia de los Tribunales de Comercio, no produce efectos si las partes renuncian a ellas; no es menos cierto, en esta hipótesis, que a la jurisdicción, cuya competencia ha sido prorrogada, se le restituye, en virtud de la Ley, la competencia normal de atribución que tiene por causa de la Ley, y no, como se ha sostenido a veces por efecto de la renuncia a la cláusula compromisoria".

En el mismo sentido (2) se ha sostenido que :

"La cláusula compromisoria constituye una convención atributiva de competencia por la cual las partes se comprometen de antemano a someter sus diferencias a una jurisdicción arbitral con exclusión de los tribunales de Derecho Común."

NOTAS

(1) COUR D'APPEL DE PARIS (1^{re} Ch. Suppl.) 14 de Mayo de 1.959

(2) COUR D'APPEL D'AMIENS (2^{re} Ch.) Sentencia de 20 de Octubre de 1.959.

64. El problema no es diferente en el Arbitraje Internacional Privado, aunque presenta complicaciones.

Así como en el Derecho interno la Ley interviene para autorizar a las partes a la prórroga de competencia de tal manera que concede a la voluntad común de ambas el efecto de someter al Tribunal Arbitral una controversia con preferencia a la jurisdicción normalmente competente, esta intervención de la Ley se diluye en cierta manera en el arbitraje internacional, o ex-

tranjero.

Siendo efectivamente, la voluntad común de las partes, y por tanto su contrato, fruto de la misma, la que produce la sumisión y no siendo la sumisión una cuestión de capacidad, la ley nacional no interviene por este motivo.

En realidad es la ley del país cuya jurisdicción será normalmente competente para conocer del litigio la que únicamente podría intervenir para autorizar a las partes para prorrogar la competencia de sus jurisdicciones para someter el litigio a la jurisdicción arbitral.

Ahora bien ¿Cuál es el país cuya jurisdicción sería normalmente competente en un arbitraje internacional? No tiene porque ser necesariamente el del lugar del arbitraje, ni siquiera el país donde habría sido concluido el contrato arbitral.

Esto nos hace considerar el carácter casi insoluble que tiene la búsqueda de la ley cuyas normas de conflicto fueran aplicables para la determinación del derecho de las partes a someter un litigio a la jurisdicción arbitral con preferencia a la jurisdicción, normalmente competente (1).

Para evitar dificultades de esta naturaleza, por el Convenio de Nueva York, los Estados contratantes (cada uno de ellos) reconocen la validez de estas convenciones incluso si el arbitraje debe tener lugar en un país/ a cuya jurisdicción ninguna de las partes está sujeta.

NOTAS

(1) ROBERT, Traité ..., op. cit., pág. 402.

65. Diferencias entre la cláusula de sumisión y la cláusula compromisoria.

Las principales diferencias entre ambas son (1) :

1. En la cláusula compromisoria, las partes pueden dispensar a los árbitros de aplicar, en cuanto al fondo, las normas de derecho sustancial.

Esto es impensable en la cláusula de sumisión.

2. La cláusula ~~compromisoria~~, a tenor del principio de autonomía reconocido por el Derecho Convencional Arbitral, pueden crear -

sus propias normas de procedimiento ~~que~~ regirán el proceso arbitral (2).

Esto es inconcebible en la cláusula de sumisión .

NOTAS

(1) FOUSTOUCCUS, L. Arbitrage, op. cit. pág. 34.

(2) Ello no sucede así con la cláusula compromisoria regida por la ley de 22 - de Diciembre de 1.953 en que las normas del procedimiento están imperativa mente fijadas por la Ley.

66. Por último, la jurisprudencia francesa (1) ha tratado el problema de la - preferencia de dos cláusulas atributivas de jurisdicción : una se refería a un tribunal judicial y la otra a un tribunal Arbitral. Ha manifestado que se trata de un problema de interpretación.

"En caso de contradicción entre dos cláusulas atributivas - de competencia, una impresa y otra manuscrita, figurando/ ambas en el cuerpo del contrato entre las condiciones par ticulares del mismo, se debe dar preferencia a esta últi ma (cláusula compromisoria) que declara la verdadera in- tención de su autor, en un caso preciso y bien delimitado."

NOTAS

(1) COUR D'APPEL DE DOUAI (1^{ere} Ch.) Sentencia de 7 de Octubre de 1.950 .

5. ORDEN PUBLICO PROCESAL Y CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL.

67. Según el Derecho Convencional arbitral, no existe ninguna diferencia entre - la cláusula compromisoria y el compromiso. Ambos son dos contratos arbitrales - que producen los mismos efectos.

Además rige el principio de la autonomía a tenor del cual las partes pueden escoger la ley que prefieran para que regule la convención ar bitral. Si escogen, por ejemplo, la ley inglesa de arbitraje., en ella tampoco/ existe ninguna distinción entre ambos contratos arbitrales.

Ya hemos visto que en conformidad con la ley de 22 de Di - ciembre de 1.953 existen diferencias fundamentales entre la cláusula compromiso ria y el compromiso. En diversas ocasiones, la jurisprudencia ha subrayado el -

carácter imperativo de esta ley y por tanto perteneciente al orden público en su dimensión procesal.

Cabe entonces plantearse la siguiente cuestión: ¿Puede el juez español denegar el exequatur a una sentencia que ha surgido como consecuencia de un proceso arbitral que tiene su origen en una cláusula compromisoria que no tiene por objeto la conclusión de un compromiso ?.

La respuesta es negativa:

1. El derecho convencional es especial con respecto a la ley interna de arbitraje y por tanto tiene primacía sobre ésta.
2. Aunque se alegara que la ley de Arbitrajes de Derecho Privado es de orden público y por tanto cabría denegar el exequatur a tenor del art. V.2.b del Convenio de Nueva York, hay que reducir el orden público a sus estrictos límites porque sino las convenciones internacionales se convierten en papel mojado.

6. LEY APLICABLE A LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL

68. Ante todo hay que decir que en las relaciones contractuales (1) puramente internas las partes pueden derogar con sus pactos las disposiciones de derecho interno, pero no pueden someter su contrato a otra ley. El problema de la ley aplicable a la cláusula compromisoria presupone un conflicto de leyes que en un contrato puramente interno, no existe.

La ley que se aplica a la cláusula compromisoria regula la formación, efectos y extinción de la misma. Caerán en consecuencia, bajo la misma, las cuestiones relacionadas con el consentimiento, objeto y causa del acuerdo arbitral. Se sujeta así mismo a esta ley la competencia de los árbitros para resolver acerca de su propia competencia. Igualmente, incide dentro de ella, todas las cuestiones relativas a la forma y prueba de la cláusula compromisoria.

Esta ley aplicable será una ley interna de arbitraje.

NOTAS

- (1) FRAGISTAS; Arbitrage étranger et arbitrage international; Revue Critique de droit international privé, Paris 1.960 pág. 12.

69. Lo anterior nos lleva a plantearnos la cuestión de si la ley aplicable al pacto compromisorio comprende también dentro de su ámbito el proceso arbitral creado por la cláusula, e incluso al Derecho del fondo.

Es el clásico problema de la unicidad o pluralidad de leyes — aplicables al arbitraje en sentido amplio, a la institución arbitral en su — conjunto. Aquellos que preconizan la unicidad de la ley aplicable al arbitraje se basan en un argumento claro (1).

"El arbitraje es una institución compleja, una sucesión de actos que se encadenan entre sí. La aplicación de una ley diferente a cada una — de las partes sucesivas del arbitraje daría lugar a una incoherencia práctica y a una multiplicación innecesaria de los conflictos de leyes y jurisdicciones o por lo menos, a resultados contradictorios entre sí, por la circunstancia — de aplicar, indistintamente, leyes que pueden ser contrarias en cada una de — las fases del arbitraje".

Los criterios para la aplicación de esta ley dependen de la — idea que se sostenga sobre la naturaleza del arbitraje:

1. Para los defensores de la naturaleza contractualista del arbitraje ~~en~~ conjunto, no debe ofrecer dudas. Será en todo caso la ley de autonomía la que prevalezca sobre las demás. Siendo el arbitraje una institución de naturaleza — contractual, habrá que acudir a la voluntad de las partes y esta será la que/ escoja de entre las leyes en presencia la directamente aplicable a la conven- ción y a la institución arbitral en su conjunto.

2. Para los que postulan, por el contrario, el carácter jurisdiccional del ar- bitraje, será el aspecto territorial el que prime sobre cualquier otra consi- deración y, en consecuencia, se otorgará prevalencia, a la ley del foro arbi- tral. La jurisprudencia francesa ha considerado en alguna ocasión que la insti- tución arbitral debe ser regida en su conjunto por una única ley.

La Cour de Paris (arrêt 17 Juin 1.957) sostuvo que :

"La ley única que debe regir el conjunto contractual complejo/ que engloba en una estrecha interdependencia con el compromiso, —

cláusula compromisoria, los estados sucesivos de las operaciones convencionales de arbitraje hasta la sentencia inclusiva, no puede ser otra que la que designa el derecho internacional privado del país en que se pide la ejecución; considerando que según las reglas de conflicto francesa, y en conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad aplicable en materias de contratos, la Ley a la cual se someten tanto la convención arbitral como el conjunto del arbitraje es la que libremente han escogido las partes".

Esta sentencia, por consiguiente, parte de la naturaleza contractual del arbitraje.

3. A parecidas conclusiones se llega por vía de la aceptación de la naturaleza mixta del arbitraje. Esta postura conciliadora de las anteriores desemboca finalmente, en la elección de la Ley de la sede arbitral, ya sea como Ley a la que implícitamente se someten las partes, localizando el arbitraje dentro de un sistema determinado, ya sea como la consecuencia obligada del carácter jurisdiccional de la sentencia arbitral y de su proyección territorial.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de — Amsterdam (18-27 Septiembre .957) estableció las siguientes conclusiones — con respecto a la Ley única de arbitraje:
art. 12. .

"Las partes son libres en la convención arbitral (compromiso o cláusula compromisoria) de hacer uso de su autonomía e indicar el lugar donde el Tribunal Arbitral debe tener su sede; esta elección implica que las partes convienen someter el arbitraje privado a la ley del país de la sede, en la medida indicada por las disposiciones que siguen".

Si las partes han eludido expresamente la Ley aplicable a la convención arbitral, sin fijar la sede del Tribunal Arbitral, se considera que este tendrá su sede sobre el territorio del país cuya ley ha sido elu—

dida por ellas ".

Sin embargo, la solución de la ley única aplicable a toda institución arbitral quiebra en el Derecho positivo de las convenciones. En este sentido podríamos hablar de que, en lugar de ley única aplicable, se tiende en la normativa convencional a la fijación de una ley preponderante, coincidente con la ley de autonomía de las partes y con leyes subsidiarias o en concurrencia, por defecto de aquella, y aplicable a cada uno de los elementos de la institución arbitral (cláusula compromisoria, proceso arbitral, fondo)

En cualquier caso no cabe duda que las partes en la cláusula/compromisoria, a pesar de la tendencia manifestada en las convenciones interminales, podrían, en virtud del principio de la ley de autonomía consagrada en las mismas, estipular que fuera una única ley la que rigiera la institución arbitral en su conjunto.

NOTAS

(1)CHILLON-MERINO, Tratado, op. cit. pág. 319.

70. ¿Cuál es la ley aplicable a la cláusula compromisoria ? El art. V. 1. a. del Convenio de Nueva York dice textualmente: " Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución, a instancia de la parte contra la cuál es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución :

a) Que dicho acuerdo (cláusula compromisoria) no es válido, en virtud de la ley a que las partes los han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto , en virtud de la ley del país en que se haya dictado sentencia.

El art. IX.1, a de la Convención de Ginebra manifiesta que "la anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de edenegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral, y ello por una de las siguientes razones :

a) Dicho acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la ley a la cual lo sometieron las partes, o, en caso, de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo ".

De estos dos artículos se extraen dos consecuencias :

La primera consecuencia es que no concibe una cláusula compromisoria sin ley. —Se había planteado en el derecho internacional privado la posibilidad de una cláusula compromisoria sin relación con una ley determinada (1).

Después de algunas dudas, implícitas o directas, jurisprudencia francesa ha afirmado que "todo contrato internacional está necesariamente relacionado con la ley de un Estado ". (2) Esta jurisprudencia se apoya en que no existe derecho sin sanción, y ésta solo puede asegurarse por una ley positiva apoyada en la fuerza de un Estado.

Sin embargo, hay que hacer notar que si la norma general — es como se acaba de indicar, la práctica demuestra que ciertos organismos económicos están fuera de todo ordenamiento jurídico estatal y que los contratos — que concluyen no se pueden relacionar de manera seria con ninguna ley determinada.

Indudablemente el problema surgirá cuando haya que ejecutar forzosamente una sentencia dictada tras un proceso creado por una cláusula compromisoria en estas condiciones. Según la convención de Nueva York, habrá — que denegar el exequatur a dicha sentencia en virtud del art. V.1.

La segunda consecuencia es que coinciden ambas Convenciones y el art. 10.5. del Código Civil aunque este reconoce tan solo una autonomía — relativa.

Con el art. V. 1. a de la Convención de Nueva York y el artículo IX.1.a de la Convención de Ginebra se resuelve el problema de cual es — la ley aplicable a la cláusula compromisoria : si la ley de la autonomía o la ley de la sede arbitral .

La Ley de la autonomía es la recogida en nuestro sistema conflictual y es la más conforme al principio de libertad contractual propio de nuestro Derecho de obligaciones (3)

La Ley de la sede arbitral presenta dificultades que explican la preferencia del Derecho Convencional por la Ley de la autonomía: por una parte las partes pueden ignorar en el momento en que concluyen la cláusula compromisoria, el lugar en que se desarrollará el arbitraje. Por ejemplo, cuando firman una cláusula compromisoria "en blanco", adoptan un arbitraje ad hoc o incluso el de la Cámara de Comercio Internacional sin precisar el lugar del arbitraje; por otro lado, a veces es difícil determinar el lugar en que se desarrolla el proceso arbitral: es el caso, sobre todo, cuando los árbitros se reúnen sucesivamente en varios países o proceden, sin reunirse, por intercambios de correspondencia. Estas hipótesis (4) se encuentran bastante a menudo, sobre todo en los arbitrajes de calidad o arbitrajes ad hoc. +

Estos problemas han intentado ser resueltos, de manera un tanto artificial, por el Instituto de Derecho Internacional (5).

"En el caso en que los árbitros celebraran sesiones en diversos Estados sucesivamente, la sede del Tribunal Arbitral se considera establecido en el lugar de su primera reunión, salvo expresa reserva de los árbitros en favor de otro lugar."

Si los árbitros tienen su residencia habitual en Estados diferentes y proceden, en virtud de la Ley o del compromiso, por medio de simple intercambio de correspondencia sin reunirse, se considera establecida la sede del Tribunal Arbitral en el lugar de la residencia habitual del superárbitro, si no hay superárbitro, la sede del tribunal Arbitral será fijada en común acuerdo o por mayoría de los árbitros; en caso de árbitro único el lugar de residencia de este último será la sede del arbitraje. En todas las eventualidades, la Ley aplicable al arbitraje privado es la de la sede determinada de una u otra manera.

NOTAS

(1) ROBERT, Del la place de la loi dans l'arbitrage, Mélanges Domke, Sythoff éd

à ley de 1.967

(2) Cass Civi Civil., 21 juin 1.950.

(3) La mayoría de la doctrina y jurisprudencia patrocina la libertad de los contratantes para ajetar el contenido del negocio a la ley que prefieran, - llegando a admitir que, a falta de voluntad expresa que haga esta elección será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta. Tal es el principio de autonomía de voluntad dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. Existe un claro paralelismo entre este principio y el de libertad de contratación en Derecho privado interno. Si los contratantes, - empleando la expresión del art. 1255 CC, pueden establecer en sus acuerdos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente uno de estos pactos puede ser la sumisión de las dudas y obligaciones recíprocas - que del contrato resulten a una determinada ley.

Ver MIAYA DE LA MUELA, Derecho Internacional Privado ,II, 8ª Ed. Madrid 1979, pág. 226.

(4) FOUCHARD, op. cit., pág. 76

(5) En su sesión de Amsterdam (18-27 de Septiembre 1.957). El Instituto de Derecho Internacional es el más decidido partidario de la ley de la sede arbitral como ley aplicable a la cláusula compromisoria, y en general a toda institución arbitral.

71. ¿Cuál es el alcance de la autonomía consagrada en el Derecho Convencional/arbitral español ?.

Frente a la postura del art. 10.5 del Código Civil (se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate), los Tratados consagran el principio de la autonomía ilimitada .

La jurisprudencia francesa, antes de estos Convenios, ya había reconocido este principio de la autonomía ilimitada.

L'arrêt du Tribunal de Grande Instance de la Seine (23 Febrero 1961) declara que :

"La legislación aplicable a la convención arbitral y a las operaciones de arbitraje se determina según las normas de conflicto de leyes del país en que se pide la ejecución ; el derecho francés reconoce a este respecto el carácter contractual del arbitraje y conserva el principio de la autonomía de la voluntad de donde se sigue es aplicable la legislación libremente querida por las partes ".

72. La elección de la ley aplicable por las partes en la cláusula compromisoria, ¿ha de ser forzosamente expresa ? Un sector doctrinal (1), proveniente de los países que admiten con carácter general la designación tácita de la ley aplicable al contrato, estima que los términos en que se manifiesta el convenio de Nueva York —introduciendo la conexión subsidiaria solo "cuando nada se hubiere indicado a este respecto" — consentiría una gran lexitud, autorizando a la autoridad competente a proceder a la localización del pacto compromisorio, / mediante la aplicación de índices objetivos. Entre los índices de localización imaginables, hay uno particularmente característico: el lugar en que se desarrolla el arbitraje. En la práctica las partes designan más frecuentemente el lugar del arbitraje que la ley aplicable al contrato principal y con mayor razón a la cláusula arbitral.

Ciertos contratos se limitan a indicar la ciudad en que se desarrollará el arbitraje o la institución a la cual se someterá la controversia. Se encuentran entonces cláusulas compromisorias así redactadas :

- "Jurisdicción en caso de controversias : Cámara Arbitral de Es — trasburgo" (2)
- "Arbitraje en Londres en conformidad con el reglamento de la Federación de comerciantes en cafés" (3)
- "Arbitraje en Gdynia (4) "

Cuando las partes determinan el lugar de arbitraje, y sobre todo — cuando se dirigen a organismos arbitrales permanentes cuyos arbitrajes se desarrollan siempre en el mismo lugar y siguiendo las mismas normas, la localización, en sentido propio, de la cláusula compromisoria es evidente y se puede — afirmar que la ley del país de la sede arbitral tiene muchos títulos para aplicarse, sea por un análisis subjetivo — la voluntad de las partes es implícita pero clara — sea por un análisis objetivo — la fijación de la sede arbitral constituye una conexión material muy fuerte (5)

Para evitar sin embargo, en materia de interpretación de la voluntad de las partes, las incertidumbres inherentes a esta, parece preferible para designar la ley aplicable a la convención arbitral, adoptar un sistema más fir-

me que los índices de localización, cuando las partes no han indicado expresamente la ley competente. Así tenemos :

- El lugar de conclusión de la cláusula compromisoria.
- La residencia de la parte que tiene la situación preponderante (6)
- La residencia del demandado (7)
- La Cour d'Appel de París (27 Marzo 1.962) hace aplicación de la teoría de los índices, intentando averiguar la voluntad de las partes, y termina concluyendo que la ley aplicable al contrato arbitral es la ley inglesa :

"Que en efecto, si el contrato de fletamento ha sido firmado en París donde una de las sociedades tenía una agencia, aquel no tiene/ninguna relación con la ley francesa ni por nacionalidad de las partes, ni por la nacionalidad del navío, ni por el origen o el destino del cargamento. Que por el contrario, el contrato está redactado en lengua inglesa, fórmula impresa "UNIFORME GENERAL CHARTER" refiriéndose al "CODE GENCON". Que contiene en su artículo 30 una cláusula compromisoria la cual prevé como lugar del arbitraje eventual Londres y que prevé un procedimiento arbitral técnicamente conforme al que la ley británica organiza".

En otros términos, las partes no eligirían normalmente la ley aplicable; localizan su contrato y el juez deduce de ello la ley aplicable (8).

NOTAS

- (1) BREDIN, La Convention ..., op. cit. págs. 1020-1021
- (2) Cláusula compromisoria, fórmula 2, propuesta por la cámara Arbitral de Estrasburgo (Francia)
- (3) Cláusula propuesta en el Reglamento de la Federación de Comerciantes en cafés de Gran Bretaña .
- (4) Cláusula propuesta por la Cámara Arbitral de Gdynia (Polonia) Reglamento de Arbitraje, art. 1 y 30.
- (5) BATTIFFOL, Objetivismo y subjetivismo en el Derecho Internacional Privado, Mélanges MARY, t.I pág. 39 y ss; Les conflits de Lois en matière de contrato, París 1.938.

- (6) ARMINJON, Précis de droit international privé, 3 vols., Paris, III, nº. 344, 2^{da} ed. 1952.
- (7) KLEIN, Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Bèle, - 1.955.
- (8) MIAJA DE LA MUELA, Derecho Internacional ..., II, op. cit. pág. 232.

73. En mi opinión personal dentro del art. V.1. a de la Convención de Nueva York y del art. IX.1.a de la Convención de Ginebra se incluye tanto la voluntad expresa de las partes como la teoría de los índices de localización del contrato ya - que se trata de extraer el máximo de virtualidad al principio de la autonomía.

No opinan así diversos autores (1). Se ha dicho que la investigación a posteriori de una voluntad no manifestada o su suplantación por índices de diversa índole, manejados por el juez, conduce a la incertidumbre, a la inseguridad y quizás hasta a la arbitrariedad. Sostener en cambio, que en defecto de una designación expresa de la ley aplicable se recurrirá a la del país donde la sentencia ha sido pronunciada, da sentido a la fijación de una conexión subsidiaria: favorece la unificación de criterios para la comprobación de la validez del acuerdo/ en los diferentes Estados; incluso permite a los árbitros ~~a~~ que deben reflexionar sobre las posibilidades de ejecución de su decisión -anticipar las consecuencias/ de sus actos.

esta doctrina está de acuerdo con el art. 10.5. del Código Civil que exige con carácter general que la elección de la ley aplicable sea expresa, recurriendo en su defecto a conexiones que operan automáticamente.

NOTAS

(1) REMIRO BROTONS, Ejecución, Op. cit., pág. 107.

GOLDMAN, Arbitrage International et droit commun des nations, Revue de L'arbitrage 1.956, pág. 126.

74. Por último, se plantea el problema del campo de aplicación del art. 10.5. y/ de ambas Convenciones. El art. 10.5 dice que "se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que — tenga alguna conexión de las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley de lugar de celebración del contrato".— Este artículo establece unas conexiones distintas de las recogidas tanto en la -

convención de Nueva York, como en la Convención de Ginebra. Sin embargo, en cuanto se aplica al arbitraje, constituye Derecho común del mismo frente al Derecho Convencional que es especial y por tanto de aplicación preferente.

CAPITULO SEGUNDO : LAS PARTES

75. Capacidad para ser parte. La capacidad de los comprometidos para ser partes, que es el presupuesto primero e imprescindible de la existencia de un compromiso o de una cláusula compromisoria no exige particulares consideraciones.

Se identifica con la capacidad para ser sujetos activos o pasivos/ de acciones civiles en sentido sustancial (1) que a su vez coincide con la capacidad para ser sujetos titulares de derechos civiles.

NOTAS

(1) REDENTI, El compromiso, op. cit. pág. 48.

(2) VECCHIONE, op. cit. pág. 127 y ss.

76. Capacidad de las personas físicas. Tiene personalidad el hombre o individuo desde su nacimiento (art. 29 CC) con las condiciones de supervivencia y figura humana que fija el art. 30 CC, hasta su muerte (art. 32 CC) . Dentro de estos límites, que configuran lo que se denomina persona natural o física, se circunscribe la capacidad para ser parte en un proceso.

77. Capacidad de las personas jurídicas . También ostentan capacidad para ser parte todos aquellos sujetos a quienes el ordenamiento jurídico atribuye la condición de personas jurídicas. Hasta este punto la capacidad de ser parte es una secuela de la capacidad civil que el derecho otorga a dichas personas : "Las personas jurídicas pueden ... ejercitar acciones civiles o criminales ..." (art. 38. 1º CC). Quiénes tengan la consideración de personas jurídicas lo enumera — carácter general, pero incompleto, el art. 35 CC, distinguiendo entre corporaciones, asociaciones y fundaciones. La verdad es que de hecho la tipología de personas jurídicas es realmente inagotable tanto en el campo público, como en el privado (1). Es más (2), de día en día las necesidades del tráfico jurídico hacen surgir nuevos tipos de personas jurídicas, bajo diversas denominaciones. La/

constitución o creación de personas jurídicas está sujeta en unos casos a unos ciertos requisitos o formalidades externas de publicidad o bien, a autorización o decisión administrativa. El resultado final es la eclosión de la persona jurídica y su actuación en el campo jurídico.

Desde el punto de vista procesal, es obvio constatar que todo sujeto o colectividad a quien el ordenamiento jurídico reconoce como persona jurídica goza, así mismo, de capacidad para ser parte en el proceso arbitral. Dada la heterogeneidad de personas jurídicas existentes es preciso examinar caso por caso los estatutos, reglamentos, actos administrativos de creación o reconocimiento, etc. para poder pronunciarse sobre la personalidad jurídica de una determinada persona o colectividad.

Ahora bien (3), el capítulo de la personalidad jurídica no agota el tema de la capacidad para ser parte. Fuera del campo procesal, incluso se llega a superar dicho concepto, al reconocer operatividad incluso a las personas jurídicas en formación o constitución y a las que están en trance de liquidación. Por ello no puede señalarse una regla general como respecto de las personas físicas relativas a los límites máximo o mínimo de su capacidad para sus partes.

Antes bien, al contrario, la tendencia jurisprudencial es ampliamente permisiva al respecto, en aras de la protección de terceras personas que hayan contratado, con antes que carecían de personalidad jurídica.

NOTAS

- (1) ALBADALEJO, La persona jurídica, Barcelona 1.961 págs. 64 y ss.
- (2) RAMOS D^{cho} Procesal Civil, Bosch, Barcelona 1.980 pág. 217.
- (3) RAMOS D^{cho}, op. cit., pág. 217.

78. La sociedad irregular en el proceso arbitral. Una muestra importante de la extensión de la capacidad para ser parte en el proceso la proporcionan los criterios jurisprudenciales en torno a las sociedades irregulares.

El carácter de irregularidad de una sociedad deriva de la omisión de las formalidades exigidas por la ley para su reconocimiento como persona jurídica. Un atento examen de la realidad nos demuestra que existen numerosas sociedades o colectividades que actúan en el tráfico mercantil, faltándoles el requisito de la escritura pública o la inscripción registral. La falta de dichas/

formalidades no les impide celebrar cualquier tipo de contratos y aparecer ante los ojos de quienes con ellas contratan como entidades regularmente constituidas.

Desde la óptica procesal, los problemas prácticos estriban en el hecho de esgrimir la irregularidad de la sociedad en favor o en contra de la misma, según cual sea la postura procesal que ocupa. En concreto, siendo la sociedad irregular el demandante, las dificultades derivan de la posibilidad de que el demandado excepcione la falta de capacidad de dicha sociedad irregular. Siendo esta la demandada, el peligro consiste en la eventualidad de que ésta excepcione su propia falta de capacidad y en los riesgos evidentes de posible inexecución de la sentencia por no hallar bienes a nombre de la sociedad de hecho.

La jurisprudencia, buscando siempre en cada supuesto la justicia del caso concreto, ha encontrado las soluciones adecuadas para soslayar tales peligros. Por un lado ha echado mano del argumento del reconocimiento extraprocésal de la personalidad, sobre todo para evitar que terceras personas se escondan en la irregularidad de la sociedad para el incumplimiento de las obligaciones contraídas con la misma.

Por otro lado, a la recíproca, ha mantenido que dicha situación irregular no puede perjudicar a terceros que contrataron fiándose en la apariencia de su actuación en el tráfico mercantil. Incluso, sustentando hasta sus últimas consecuencias este criterio de justicia, ha estimado la posibilidad de ejecución de la sentencia dictada contra la sociedad irregular sobre bienes privativos de los socios.

Con esta corriente jurisprudencial, sumamente acertada, ha cobrado carta de naturaleza la posibilidad de figurar como parte en el proceso arbitral, ya sea como demandante o demandada una sociedad irregular directamente, designándola por la fórmula, rótulo, anagrama o nombre comercial que utilice en su actividad pública. Es decir, cuando nos encontramos ante una sociedad de este tipo no es preciso que demanden, y sobre todo, no es preciso que sean demanda-

dos por su nombre los socios o gestores de dicha sociedad. Ello evita ciertamente el riesgo de imprecisiones u omisiones o incluso errores en la atribución de socio. Basta con demandar (o que demanden) directamente a la sociedad irregular. De esta manera, a efectos prácticos se viene a reconocer de hecho capacidad para ser parte en un proceso arbitral a las sociedades irregulares.

79. Uniones sin personalidad . Frecuentemente en la vida social se produce el hecho de una agrupación indeterminada de personas que mediante sus aportaciones económicas persiguen una finalidad común. Se llega así a reunir un patrimonio con los bienes de los aportantes, que pretenden la consecución de un determinado objetivo en que todos se han mostrado interesados. Ello es precisamente lo que ha determinado su adhesión a la unión y su contribución económica a los fines de la unión . Piensese por ejemplo en casos como los siguientes : la erección de una estatua a un prócer de la localidad, un banquete homenaje a una determinada personalidad, un viaje de fin de carrera de los alumnos de una Facultad, un congreso ... etc.

En casos como los señalados, la perspectiva de un eventual proceso hace surgir innumerables dificultades de todo tipo; los inconvenientes de reclamaciones individuales contra los adheridos a la unión, o la imposibilidad práctica de exigir poderes de cada uno de ellos, la delimitación, elección y selección del patrimonio que debe responder del incumplimiento de obligaciones contraídas, la devolución de las aportaciones en el caso de que no lleguen a cumplir el fin perseguido etc. La doctrina ha construido dogmáticamente estas figuras de manera muy variada, sobre la base de explicar de una u otra forma la atribución de personalidad a efectos procesales. Nuestro derecho positivo no ofrece una referencia expresa al tema. Por ello y por la diversidad de supuestos que en la práctica ocurren es difícil asentar un criterio general al respecto. Las soluciones pueden ser buscadas por medio de diversas figuras generales : la gestión de negocios, el mandato indirecto, incluso por la vía penal, la apropiación indebida, la estafa, etc. Se trataría en es-

tos casos, de buscar una responsabilidad (directa del comité organizador, de la comisión gestora o de los promotores del acto.

NOTAS

(1) RAMOS, Derecho ..., op. cit. pág. 220).

80. Patrimonios independientes. La figura de los patrimonios independientes ha suscitado también problemas de encuadramiento dogmático en materia de personalidad. Existen masas de bienes que aún estando llamadas a estar asignadas a un titular, transitoriamente aparecen como desvinculadas de un sujeto pero que, sin embargo, son susceptibles de tráfico jurídico. En tal caso se encuentran las masas del concurso y quiebra. La misma ley otorga un tratamiento diferenciado a estas figuras, puesto que establece órganos de administración en dichos patrimonios distintos de los sujetos con vocación al mismo. Como consecuencia aparecen en el tráfico jurídico los depositarios-administradores del concurso (art. 1173. 2ª LEC) y los Síndicos de la quiebra . Desde el punto de vista de la capacidad para ser parte, el problema ha estribado en atribuir dicha calidad a los patrimonios mismos o a los administradores, existiendo opiniones contradictorias al respecto.

81. Capacidad procesal . En lo que concierne a la capacidad o incapacidad de las partes para concluir personalmente compromisos o cláusulas compromisorias/ en nombre propio o respectivamente, a la necesidad de ser, por el contrario, representadas por otros, de ser asistidas etc., hay que decir no hay una plena coincidencia efectiva con la capacidad procesal (capacidad para estar en juicio) pues el comprometer implica algún elemento de disposición relativo a la acción en sentido sustancial que no va implícito en el estar simplemente en juicio ante la Autoridad judicial. Por eso hay que evitar también identificar con la LEGITIMATIO AD PROCESSUM el conjunto de las calificaciones y condiciones en virtud de las cuales una persona puede concluir válidamente compromisos o cláusulas en nombre propio o en nombre ajeno.

Con estas precisiones, vamos a ir viendo los distintos supuestos.

82. Comparecencia en juicio de personas físicas. El art. 2. 1º. LEC presenta una fórmula programática al respecto que se refiere indirectamente a la capacidad procesal de las partes :

"Solo podrán comparecer en juicio los que están en pleno ejercicio de sus derechos civiles".

Quienes están en la plenitud de sus derechos civiles, resulta del examen de las restricciones de la personalidad que imponen las leyes. En virtud de los arts. 32 y 200 del Código Civil, resultan ser circunstancias restrictivas de la personalidad : le menor de edad , la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil. La concurrencia de una de estas causas determina así mismo la falta de capacidad para comparecer en juicio. Por lo tanto la regla positiva respecto de la capacidad procesal/ podría enunciarse así: Podrán comparecer en juicio las personas físicas mayores de edad, esto es de dieciocho años, (art. 12 CE y art. 320 CC) en quienes no concorra ninguna de las causas legales de incapacidad.

Dicho con otras palabras, la cláusula compromisoria podrá ser personalmente concluida, en nombre propio, por las personas físicas plenamente capaces de obrar.

83. Comparecencia en juicio de personas jurídicas .

El problema de la comparecencia en juicio de las personas jurídicas se presenta de forma muy diversa al de las personas físicas. En sentido estricto no puede señalarse ninguna causa de incapacidad que afecte a personas jurídicas, sean éstas de la clase que sean. La incapacidad solo puede predicarse en sentido propio de las personas físicas.

Lo que ocurre es que el concepto de persona jurídica descansa sobre una ficción (1). Por su propia naturaleza la persona jurídica no puede valerse de sí misma para actuar en el tráfico jurídico, sino que su operatividad forzosamente ha de estar mediatizada por el concurso de personas físicas . Entonces el problema de la comparecencia en juicio de las personas jurídicas se traslada al problema de quien ha de comparecer en su nombre en -

el proceso. Así lo dispone también el art. 2, 3º. LEC : "Por las corporaciones, sociedades, y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen". El problema se ha de resolver mediante el mecanismo de la representación necesaria.

NOTAS

(1) RAMOS, Derecho, op. cit. pág. 224.

84. Suplencia e integración de la capacidad procesal .

Como hemos visto, existen circunstancias que excluyen la capacidad procesal. Pero esto no significa que el sujeto que se encuentre en un caso tal no pueda intervenir en el proceso arbitral y previamente no haya podido concluir una cláusula arbitral. Efectivamente, para ostentar la condición de parte en la cláusula es suficiente tener aquella aptitud genérica que denominábamos capacidad para ser parte. Si por otra razón, el sujeto no es capaz de concluir personalmente la cláusula compromisoria y por tanto comparecer directamente en juicio, es necesario buscarle un mecanismo sustitutivo. Ello se logra mediante expedientes distintos que suplen o integran la capacidad procesal según los casos.

Por antonomasia, la falta de capacidad para concluir la cláusula compromisoria y comparecer en el proceso arbitral, se suple mediante la representación (art. 2, 2º. y 3º LEC). Esta según la hipótesis, obedece a un fundamento distinto. En unos casos, la propia ley prevé la necesidad de representación respecto de personas en las que concurre alguna causa de incapacidad, señalando así mismo, quien ha de ser el representante de dichas personas. Se habla entonces de Representación legal. En el caso de las personas jurídicas, la necesidad de suplir su falta de capacidad para concluir la cláusula arbitral mediante una persona física deriva de limitaciones propias de su naturaleza. Se habla por ello de representación necesaria. En fin cualquier persona puede deferir a otra su representación en juicio mediante el apoderamiento. En este caso se habla de representación voluntaria. Vamos a ver las diferentes hipóte -

sis (1).

NOTAS

(1) RAMOS, Derecho ..., op. cit., pág. 225.

85. Representación legal. Según la disposición general en la materia, por los que no están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles "comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo/a derecho".

Podemos considerar los siguientes supuestos :

1. Menores de edad no emancipados,

a) Sometidos a la patria potestad : El nuevo art. 162 del Código Civil establece que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan :

- 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que/ el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
- 2º. Aquello en que exista conflicto de intereses entre los padres/ y el hijo.
- 3º. Los relativos a bienes que están excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviese suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158".

El art. 163, relativo al defensor judicial declara que " siempre — que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él (1). Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deben completar.

Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progeni-

tores, corresponde el otro por ley sin necesidad de especial nombramiento re - presentar al menor o completar su capacidad (1).

A petición del padre o de la madre del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, el juez señalará defensor, con las facultades que señale, al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima y falta de éste o cuando tubiera intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño".

NOTAS

(1) Y concluir una cláusula compromisoria.

86. b) Sometidos a tutela. Corresponde la representación legal al tutor: el tu tor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejecutar por sí solos (art. 262 CC), En caso de no entrar el tutor en el ejercicio de su cargo internamente hay que estar a las previsiones del art. 243 CC: si por causa de incapacidad no entrase el tutor en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia pro veerá a los cuidados de la tutela, mientras se resuelva definitivamente sobre/ el impedimento .

Si el tutor hubiere ya entrado en el ejercicio del cargo, y el con sejo de familia declarara la incapacidad o acordase para proveer a los cuida-- dos de la tutela, en el caso de promoverse litigio no podrán ejecutarse sin la previa aprobación judicial. (art. 243 CC;)

Existiendo intereses contrapuestos entre el tutor y el pupilo, re- presenta al menor de edad el protutor, ya que éste está obligado a sustentar - los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses (art . 236, 2º CC) .

87. 2. Menores de edad emancipados. Nos vamos a limitar a exponer la nueva le- gislación sobre es ta materia (1) art. 3114 CC " la emancipación"tiene lugar :

1º. Por la mayor edad.

2º. Por el matrimonio del menor.

3º. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.

4º. Por concesión judicial

art. 315. " La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos "

art. 316: " El matrimonio produce de derecho la emancipación "

art. 317: " Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciseis -- años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará -- por escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado -- del registro. "

art. 318: " La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el registro -- civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros .

Concedida la emancipación no podrá ser revocada ".

art. 319: " Se reputará ~~para~~ todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciseis años que con el consentimiento de los padres viviere/ independientemente de éstos . "

Los padres podrán revocar este consentimiento .

art. 320: " Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieci-- seis años si estos la pidieran y previa audiencia de los padres:

1º. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajera nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.

2º. Cuando los padres viviesen separados .

3º. Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el -- ejercicio de la patria potestad ".

art. 321: " También podrá el juez, previo informe del consejo de familia, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela de dieciseis -- años que lo solicitase".

art. 322: " El mayor de edad es capaz para todos los actos de su vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código."

art. 323: " La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el

emancipado tomar dinero, o préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de/ambos, sin el de su tutor

El menor emancipado podrá por si solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de mayor edad."

Por tanto, el menor emancipado puede concluir el contrato arbitral bajo las siguientes condiciones :

- 1.- Si se trata de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor con consentimiento de sus padres, y, a falta de ambos, se requiere el consentimiento de su tutor.
- 2.- A sensu contrario, puede concluir el contrato arbitral sobre todos los demás bienes siempre que tenga poder de disposición sobre los mismos (?)

art. 324 : "Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor se necesitará además, el de los padres o tutores de uno y otro.

NOTAS

(1) Ley 11/1981 de 13 de Mayo, de Modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. (BOE, nº. - 119, 19 de Mayo de 1981)

(2) Se trata más bien de un problema de legitimación.

88. 3. Locos o dementes, sordomudos,, pródigos y condenados a la pena de interdicción civil.

Como regla general hay que señalar que deben comparecer representados por su tutor (art. 262) y por tanto este es el que puede concluir una cláusula compromisoria.

89. Limitaciones de la representación legal. Para el objeto de nuestro estudio, destacamos las siguientes :

1.- El padre o la madre pueden transigir sobre los bienes o derechos del hijo que tuvieran bajo su potestad, pero si el valor del objeto sobre el que recae la transacción excediera de 2.000 pts., no surtirá este efecto sin la aprobación judicial (art. 1810. 2º CC) Paralelamente la LEC, en sus artículos 2011/ a 2030 regula un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener la licencia judicial en orden a la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos.

2.- El tutor necesita autorización del consejo de familia para proceder a la división de la herencia o de otra cosa que el menor o incapacitado poseyera - en común; para transigir y comprometer en árbitros las cuestiones en que el menor o incapacitado estuviere interesado; para entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela y para sostener los recursos de apelación y casación/ contra las sentencias en que hubieren sido condenados; excepto las demandas - y recursos en los juicios verbales (art. 1269 1º, 12º y 13º CC).

La autorización para transigir o comprometer en árbitros deberá ser pedida por escrito, en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción. El consejo de familia podrá oír el dictámen de uno o más letrados según la importancia del asunto y concederá o negará la autorización. Si la otorgare, la hará constar en el acta (art. 274 CC). En el mismo sentido el art. 1810 1º CC.

90. Representación necesaria . La representación de personas jurídicas es algo exigido por la propia naturaleza de la misma. Veamos algunos supuestos.

1.- Representación de personas jurídicas. El art. 2. 3º LEC dispone : "Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las represente ".

Quienes sean representantes legales nos indica el Código Civil: - las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de este (art. 36 CC). Por otra parte, la capacidad civil de las corporaciones se regulará por la ley que las hayan creado o reconocido/

la de las asociaciones, por sus estatutos; y la de las fundaciones, por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuera necesario (art. 37 CC). Para un caso concreto el art. 76 de la LSA de 17 de Julio de 1.951 atribuye la representación de la sociedad en juicio y fuera de el al Consejo de Administración. En defecto/ de esto se remite a lo que preveen los estatutos y en su caso los acuerdos de la Junta General . Si se tiene en cuenta la gran variedad y tipología de personas jurídicas existentes, es poco menos que infructuoso el tratar de indicar aquí cada uno de los representantes de dichas personas. La metodología a seguir es casuística (1): en cada caso concreto es preciso acudir a la disposición o normativa por la que se sigue la entidad para tratar de averiguar — quien es su representante legítimo y cuáles son sus facultades de actuación.— A esta tarea es precisamente a la que obliga programáticamente la LEC cuando/ indica que han de comparecer en juicio las personas que legalmente las representan.

La pregunta que surge es si las personas jurídicas siempre comparecen en juicio por medio de sus representantes legales o estatutarios. La respuesta es negativa por varias razones : una primera excepción la tenemos en la propia LEC, en el último párrafo del art. 4º por lo que respecta a la representación del factor mercantil cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil para ostentar la personalidad de sus mandantes en los actos/ comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o de la empresa. Aunque aquí se trata de un supuesto de representación voluntaria, quiere decirse que por esta vía no es preciso en muchos casos que comparezcan los representantes legales de dichas entidades. Lo mismo ocurre con la presentación de las sociedades anónimas.

NOTAS

(1) RAMOS, Derecho ..., op. cit. pág. 233.

91. La jurisprudencia extranjera ha tocado ampliamente todos estos puntos :

La jurisprudencia italiana : acerca de la capacidad para comprome

ter de las personas jurídicas, el Colegio Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de instituciones sujetas para ciertos actos a autorizaciones tutoras y ha decidido que las " estipulaciones de cláusulas compromisorias implicando renuncia a un derecho y pudiendo ser fuente de graves transformaciones o de perjuicios para el patrimonio de la entidad, entran en las deliberaciones sujetas, para su validez y a tenor del art. 19 del R. D. del 30 de Diciembre de 1.933, a la aprobación de la autoridad competente (1) ".

Las personas jurídicas normalmente comprometerán por medio de sus órganos representativos, con las formas y los requisitos reglamentarios o estatutarios : una particular limitación al principio ha establecido el Tribunal de Roma , 20 de Mayo de 1.952, decidiendo que es inválida la deliberación de asamblea de sociedades por acciones que haya aprobado por mayoría una cláusula compromisoria que difiera a árbitros las controversias que puedan surgir entre socios y sociedades.

NOTAS

(1) Casación, 29 Abril de 1.950.

92. Referente a la representación de las personas jurídicas partes en las cláusulas compromisorias, existe una numerosa jurisprudencia francesa :

1. Sentencia de la COUR D'APPEL DE PARIS (1^{re} CH Suplem) de 7 de Junio — 1.955.

Según una sociedad de responsabilidad limitada, sus gerentes no/ tienen la facultad de comprometer. La Cour rechaza esta tesis :

"Que los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada, — tal como la sociedad S.R.O., tienen a tenor de lo dispuesto en el art. 24 párr. 2^o. de la ley de 7 de Marzo de 1.925, los más amplios poderes para actuar en nombre de la sociedad en cualquier circunstancia, y considerando que los poderes así reconocidos sin reserva por la ley a los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada, y que engloben a la vez todos los ac

tos de disposición y administración entre los cuales, por otra parte, apenas distingue el Derecho Mercantil, deben ser considerados, y así lo son por la jurisprudencia como comprendiendo sobre todo la facultad de comprometer y especialmente estipular una cláusula compromisoria de amigable composición".

La misma tesis se podría extender al Derecho español. El art. 5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dice que "el poder de representación de los administradores es típico pues se extiende a todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la sociedad obligándola con sus actos y contratos".

Entre estos actos y contratos se encuentra la cláusula compromisoria .

2. La sentencia de la Cour D'appel de París (1^{ere} Ch suppl.) de 4 de Julio de 1.957 sostiene que :

"Constituyendo la cláusula compromisoria una operación de gestión cotidiana y corriente en la vida de las sociedades, el Presidente/Director General de una sociedad anónima puede comprometer a menos que haya disposiciones expresamente en contra en los Estatutos".

Esta misma doctrina se extiende a las Sociedades Anónimas en el Derecho español. El art. 76. 2º. LSA entiende que el poder de representación de los Administradores abarca, como mínimo, todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa. Entre ellos, está el poder concluir una cláusula compromisoria, a menos de que los Estatutos lo prohiban.

- La sentencia de la Cour d'appel de París (1^{ere} Ch Suppl.) de 24 de Marzo de 1.960 declara que :

"El compromiso es válido desde el momento en que las partes en el arbitraje han manifestado de una manera inequívoca un acuerdo de voluntades para comprometer, definir el objeto del litigio y designar los árbitros y además que tienen la capacidad para hacerlo, sea su propio nombre, sea en nombre de terceros a los cuales representan.

Especialmente, si los estatutos de una sociedad dan al Consejo - de administración la facultad de comprometer acerca de todos los intereses de la sociedad, y que tienen previsto que el Consejo/ pueda de entre sus miembros nombrar un adjunto, con el título de Director General, al Presidente Director General encargado de la dirección exclusiva de los asuntos sociales, el Director General Adjunto tiene por eso mismo los poderes suficientes para comprometer en nombre de la sociedad sin estar investido por ello de - un poder especial con la condición de que sea con motivo de operaciones que entran en los asuntos corrientes de la sociedad, para los cuales el consejo de Administración ha delegado al Presidente y al Director General Adjunto todos los poderes necesarios siendo la cláusula compromisoria y el compromiso operaciones corrientes de la vida de las sociedades mercantiles, siempre que - tengan relación con el objeto social ".

Con esta sentencia, la Cour de París confirma la jurisprudencia/ anterior francesa en cuanto a la facultad que tiene de pleno derecho un mandatario social para comprometer con ocasión de los asuntos que entran en el/ objeto de la sociedad .

El interés de esta sentencia, con respecto a los anteriores, consiste en que la Cour de París extiende su jurisprudencia al Director-General Adjunto, el cual, por otro lado no tiene sus poderes más que por una Sub-delegación hecha por el presidente Director General el cual tiene los suyos - por delegación del Consejo de Administración. Incluso si el Consejo de Administración no hubiera delegado la facultad de comprometer, el presidente Director General la tendría porque según la sentencia tiene "la dirección exclusiva" de los asuntos sociales y la cláusula compromisoria, como ya hemos visto no constituye más que una operación corriente de la sociedad no requiriendo por consiguiente un poder especial . Ahora bien, como el Director-General Adjunto está encargado de secundarle en lo referente a las operaciones que "entran dentro del objeto de la sociedad", la Cou deduce de ello que tam-

bién dispone de poderes de pleno derecho, entre ellos la facultad de comprometer.

Como fórmula general, podemos concluir que el recurrir al arbitraje por medio de una cláusula compromisoria entra dentro del poder normal de dirección.

93. Dentro de la representación necesaria de las personas jurídicas está el supuesto de la Masa de quiebra. Las preguntas que nos planteamos son las siguientes: ¿Que sucede con el quebrado? ¿Que poderes tiene el Síndico, representante, como sustituto de la masa de quiebra, respecto de la cláusula compromisoria.?

94. En el Derecho español, como en el conjunto del Derecho Comparado, declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes (art. 878 -19. del Código de Comercio-). Sus consecuencias son rigurosas, ya que la inhabilitación trae consigo que son nulos todos los actos del quebrado de — disposición o de administración de sus bienes (art. 878-20 Código de Comercio). (1).

Por consiguiente, no teniendo la facultad de disponer de los bienes no puede comprometer sobre ellos. (No estamos ante un caso de incapacidad sino/ que se trata de un fenómeno que atañe más bien al derecho de disponer, que es — inherente a una situación objetiva).

Algún autor (2) ha considerado que la cláusula compromisoria conclui da anteriormente y que no haya dado lugar al arbitraje, no vincula a la administración de quiebra, mientras que parece más discutible que continúe vinculando/ a la otra parte para el caso de que la administración resuelva valerse de ello.

NOTAS

(1) SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil 8ª. Ed., Clares, Valladolid 1.980.

(2) REDENTI, El Compromiso..., op. cit. pág. 56.

95. La jurisprudencia italiana ha reconocido que, en el caso de que se produzca la quiebra de una de las partes comprometentes antes de la constitución del/ proceso arbitral, se sigue de ello la caducidad de la cláusula compromisoria —

anteriormente estipulada (1). Cierta sector doctrinal (2) opina que dicha ca
ducidad es invocable solo por parte de la administración de quiebra.

En caso de haber ocurrido el comienzo del proceso arbitral, el síndico se sustituye al quebrado y el proceso sigue.

pero se ha precisado (3) que legitimado para la prosecución del/
 juicio es el Síndico pero ello no quita que el procedimiento continúa des—
 envolviéndose entre las mismas partes que estipularon la cláusula compromiso
ria, toda vez que el síndico es únicamente el representante procesal del que
brado y no adquiere en los juicios de quiebra la calidad de parte.

NOTAS

(1) Casación, 15 de Enero de 1.956

(2) SCHIZZEROTTO, ..., op. cit. pág. 79

(3) Apelación de Ancona, 19 de Julio de 1.952.

96. Respecto, de la facultad del Síndico para concluir una cláusula compromi-
soria, se pregunta, si puede o no comprometer válidamente en árbitros las con-
 troversias concernientes a las relaciones con los acreedores.

Según el art. 577 del Código de Comercio Griego, el síndico no —
 puede comprometer con respecto a los bienes de la quiebra.

En el Derecho francés, antes del Decreto de 20 de Mayo de 1.955, —
 se pensaba que el síndico no podría comprometer. Esta solución se basaba en —
 el hecho que no tenía libre disposición de los derechos del quebrado. Se añá-
 día que con respecto a la transacción, el síndico no podía proceder más que —
 con la autorización del Juez-Comisario (art. 487 antiguo). Las cosas han —
 cambiado con la redacción del artículo 499. del nuevo Código de Comercio.

Según este texto, el Síndico puede, con la autorización del juez-
 comisario oído el deudor comprometer y transigir sobre todos los litigios que
 interesen a la masa incluso sobre las controversias relativas a derechos y ac-
 ciones inmobiliarias.

Se ha previsto sin embargo que si el compromiso o la transacción/
 es de un valor indeterminado, el compromiso o la transacción debe ser sometido-
 dos a la homologación del Tribunal de Comercio.

97. ¿Puede comprometer en el Derecho español el síndico durante el proceso de quiebra con los acreedores a semejanza del Derecho francés? No existe ninguna norma que de una contestación afirmativa. Algún autor (1) se inclina por la solución negativa dada la rigidez de la normativa que regula la quiebra - sin que sea posible huir del control jurisdiccional. Pienso que esta es la solución acertada.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 142.

98. Liquidador de una sociedad. El art. 160. de LSA establece que incumbe a los liquidadores de una sociedad :

6ª. Concertar transacciones y compromisos cuando así convenga a los intereses sociales.

Por último, su poder para participar, en nombre de la sociedad - en liquidación en un proceso arbitral, sobre la base de un contrato arbitral anterior a la liquidación será apreciado según las necesidades de la liquidación.

99. Representación voluntaria . En relación a los presupuestos de la eficacia y validez de la cláusula compromisoria relativos a los sujetos, nada excluye en principio que aquella, en lo que respecta a las partes comprometidas pueda ser concluido en nombre y por cuenta ajena por mandatarios (negocialmente) nombrados y provistos de representación.

Acerca de la existencia y de los límites de la representación, sobre los requisitos de capacidad del mandante y del mandatario, valen las reglas generales, sobre los contratos concluidos por representación, coordinadas con las reglas particulares sobre la capacidad de comprometer anteriormente expuestas.

Las mismas reglas generales valen en materia de vicios de la voluntad, en el mandante o en el mandatario. Se requiere un mandato especial y expreso conferido en escritura pública.

Distinto de este supuesto de representación es el caso de apoderamiento o mandato ad litm.

Este tipo de representación se rige por lo dispuesto en código civil sobre el mandato (arts. 1709 y ss.)

100. El Tribunal de Grande Instance de la Saine (1^{ere} Ch) en sentencia de 14 de Marzo de 1.963, ha distinguido entre el mandato ad litem y el mandato para concluir un compromiso. Así :

"El mandato ad litem del cual sería investido el abogado de una de las partes no le permitiría hacer más que los actos necesarios para la conducción de la instancia delante de la jurisdicción que conoce del litigio, pero no le habilitaría para concluir el/ compromiso instituyendo , el mismo, la jurisdicción arbitral, ni por tanto concluir las convenciones que como la prórroga del plazo, tendrían como efecto modificar este compromiso ".

101. ¿Debe considerarse privado de efectos la cláusula como estipulada por quien no tiene mandato o por el mandatario fuera de los límites de su mandato? Con otras palabras ¿puede el interesado ratificarlo (unilateralmente) en el sentido de hacer surgir de ese modo a cargo de la otra parte compromitente la sujeción a los efectos la cláusula compromisoria? .

La jurisprudencia italiana ha decidido que "el compromiso o la cláusula compromisoria antes del inicio del proceso arbitral puede ser ratificado con tal de que la ratificación sea expresa y resulte de acto escrito ".

La cláusula compromisoria inserta en un contrato concluido por el mandatario no provisto de mandato escrito que lo autorice a estipular es nula (1). La cláusula así estipulada es, sin embargo, válida y jurídicamente eficaz entre las partes contratantes compromitentes, una vez que intervenga la ratificación expresa de la parte.

NOTA

(1) Apelación de Perugia, 29 de Enero de 1.957.

102. Legitimación . Radicalmente distinto e inconfundible con el problema de la capacidad es el problema de la legitimación sustancial específica para constituir objeto de la cláusula compromisoria, en cada caso las controversias sin-

gulares. Esta legitimación en concreto para comprometer que se identifica con la LEGITIMATIO AD CAUSAM tiene sus raíces en la titularidad y disponibilidad/ de los derechos de las acciones o de las pretensiones.

103. Alguna confusión se ha hecho solo porque se ha confundido a veces el derecho (poder-legitimación de disponer con la capacidad para ser parte o peor/ todavía con la capacidad para concluir personalmente o por representación — cláusulas compromisorias sin que se termina de comprender si la confusión es/ únicamente terminológica o conceptual (1)

NOTAS

(1) REDENTI, op. cit. pág. 50 .

104. La Ley Uniforme Europea sobre arbitraje declara que "toda diferencia existente o que pueda surgir de una relación jurídica determinada y sobre la que — esté permitido disponer puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje".

El art. 1003 del CPC francés dice que "todas las personas pueden — comprometer sobre los derechos, sobre los cuales tienen libre disposición". (1)

NOTAS

(1) No derogado por el Decreto de 14 de Mayo de 1.980.

105. Es decir :

1.- Las partes deben tener la libre disposición de los derechos sobre los cuales comprometen.

2.- Esta regla se aplica tanto al compromiso como a la cláusula compromisoria.

106. En el mismo sentido se orienta el art. 13 de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953 a tenor del cual "la capacidad para comprometer será la que se exige para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso".

¿Qué significación tiene este artículo 13 en el Derecho español? El Código Civil equiparaba la capacidad para comprometer a la exigida para transigir y la doctrina científica venía admitiendo — conforme a la antigua regla — TRANSIGERE EST ALIENARE — que solo pueden transigir aquellas personas que pueden disponer de los objetos o derechos comprendidos en la transacción.

La sentencia de 24 de Abril de 1.941 sostiene que :

"Aún cuando la moderna doctrina científica se oriente en el sentido de no atribuir un alcance demasiado absoluto al antiguo y discutido aforismo TRANSIGERE EST ALIENARE, en el que parecen inspiradas las disposiciones del Código Civil español, es por lo menos, de toda evidencia que requieren la transacción y el compromiso plena facultad dispositiva, cuando las relaciones jurídicas sobre las que recae o puede recaer la controversia envuelvan un negocio que rebase el límite de los actos de administración(1)

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de Diciembre de 1.947 afirma que la transacción y el compromiso requieren plena disposición del objeto a que afecta;

NOTAS

(1) Sería un acto de administración el que se dirige solo a la conservación y mejor goce del patrimonio RODRIGEZ VALCARCE, El arbitraje privado Rev. Ocho Procesal 1.954 ..., pág. 179

107. Aunque el art. 7º. de la ley de Arbitrajes dice que el contrato preliminar de arbitraje no estaría sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la ley, sino a los generales que, acerca de estas materias rigen en el Derecho de la contratación ya la doctrina (1) aclaró que tal precepto hay que completarlo con el art. 10 de la misma ley el cual comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso.(2).

NOTAS

(1) DE CASTRO, El Arbitraje y la nueva ley Mercatoria, Revista de Derecho Privado, 1979, pag. 708.

(2) La razón del diferente trato que la ley da a la cláusula compromisoria y al compromiso nos la suministra la Exposición de motivos cuando declara que el contrato preliminar de arbitraje es una figura distinta y más sencilla que el compromiso y por lo tanto con requisitos **menos** rigurosos para su estipulación. Comentando la ley (GUASP, El Arbitraje..., op. cit., pag. 86) se ha dicho que el contrato preliminar de arbitraje es más elástico, más flexible, — más ágil para las partes del contrato de arbitraje.

Se pregunta este autor: ¿Acaso puede ser válido sin poder de disponer un precontrato o contrato preliminar de arbitraje?. Lo será —sigue di—

ciendo- como tal contrato preliminar de la misma manera que el testador puede legar una cosa ajena con las consecuencias que se reconocen en el Derecho Sucesorio. Para pactar en el futuro la intervención de unos árbitros en una controversia no se necesita disponer de esa controversia ni de los objetos que en ella se incluyen. Es posible ligarse, sin perjuicio de cual sea la suerte que haya de correr ese contrato preliminar si en el momento de instituir el compromiso, no se tiene el poder de disposición sobre la cosa controvertida.

108. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1941, establece la doctrina jurisprudencial que los presupuestos, requisitos y condiciones de la cláusula compromisoria son los mismos que el compromiso. Dice:

"Cualquiera que sean las dudas que en la doctrina científica suscita el problema general de si los requisitos legales que se exigen para un contrato principal y definitivo, son necesarios también para las respectivas promesas o contratos preparatorios, no cabe duda, dado el fundamento y fin de las prescripciones que regulan la aptitud para comprometer, que las condiciones por ellas requeridas han de regir no solo al otorgar el contrato de compromiso propiamente dicho sino también al estipularse la llamada cláusula compromisoria".

109. A parte de los titulares de la acción en sentido sustancial, existen también unos legitimados a los cuales la cláusula compromisoria afecta (LEGITIMACION INDIRECTA). Veamos diferentes hipótesis.

110. Sucesión a título universal en la cláusula compromisoria. Un cambio de partes en la cláusula puede ocurrir por efecto de sucesión a título universal. Así ocurre el caso de sucesión a título universal por la muerte de una parte como persona física o ya por la cesación-desaparición de una parte como persona jurídica, cuando ello da lugar a una transmisión del patrimonio, ubi universitas iuris (universum ius), como por ejemplo en el caso de fusión de sociedades o de concentración de entidades.

En estos casos, los sucesores a título universal pasan automáticamente a ser parte en la cláusula compromisoria o compromiso, en lugar de la persona difunta o de la entidad desaparecida, sucediendo in statu et terminis en la legitimación ad causam. Compromiso y cláusula continúan así desplegando

sus efectos para los nuevos sujetos .

Y también el proceso arbitral que en el ~~interim~~ se hubiese promovido, proseguirá a su vez, salvo los cambios de la LEGITIMATIO AD PROCESSUM. Así se infiere de las reglas generales sobre la sucesión (1).

NOTAS

(1) Sobre la sucesión en los efectos de la cláusula vease CARNELUTTI, en Riv.-Dir. Proc. 1.937.

Cuales sean los sucesores lo determinarán las reglas del derecho sustancial en la materia. Se aplicarán también las reglas relativas a la herencia con beneficio de inventario.

112. Sobre los problemas que vamos a considerar a continuación, de interven-
ción de terceros como legitimados indirectamente, la jurisprudencia italiana - considera que los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a los que/ entran a sustituir a uno de los contratantes en la condición jurídica (1).

Se ha reconocido que entra en esta hipótesis el subrogado del subconcesionario en los derechos y obligaciones del concesionario (2).

Se ha decidido también que la cláusula inserta en un contrato de - sociedad (entre personas) vincula también a quienes suceden a uno de los con-
tratantes en la relación social (3).

NOTAS

(1) Casación, 16 de Octubre 1.953

(2) Coll. Arb., 5 de Octubre de 1.949..

(3) CASACION, 12 de Julio de 1.959.

113. En general el contrato compromisorio no produce frente a los terceros que/ no han participado en su conclusión. Así los terceros no pueden oponerse a la/ ejecución de una cláusula compromisoria, como por ejemplo, los acreedores.

114. Hay sin embargo una excepción: que se cumplan los presupuestos, requisitos y condiciones de la acción pauliana.

Por esta acción los acreedores ejercitan una acción que la ley les otorga para lograr la ineficacia frente a ellos de los actos del deudor que le/ coloquen en una situación de insolvencia patrimonial para pagar sus deudas o/

cumplir sus obligaciones (art. 111 del Código Civil).

Los presupuestos de esta acción son :

1. Que el deudor realice un acto que cause perjuicio a sus acreedores y ventaja para un tercero.
2. Que ese acto merezca la calificación de fraudulenta. En mi opinión cabe que el deudor concluya una cláusula compromisoria con esta intención fraudulenta.

115 B) Los terceros no pueden aprovecharse del contrato arbitral puesto que es un pacto concluido INTER ALIOS .

116. Existe, sin embargo una excepción: la fianza. Por el art. 1853 del Código Civil, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor. Podríamos formular la regla según la cual la excepción fundada sobre la existencia de una convención arbitral entre el deudor y el acreedor es una excepción no inherente a la persona del deudor y por consiguiente puede ser alegada válidamente por el fiador.

117. C) Por último, las partes no están comprometidas por un contrato arbitral en el cual no han participado.

118. Así, L'arrêt de la COUR DE CASSATION (Ch. Com) de 15 de Noviembre de 1.978 ha manifestado :

"La cláusula de atribución de competencia a una cámara Arbitral - contenida en una convención concluida entre una sociedad y uno de sus miembros no podría ser invocada en una controversia en que se enfrenten aquella y otro asociado de la misma no habiendo sido este último parte en la convención".

En el mismo sentido la Sentencia Arbitral de la Cámara Arbitral - de París de 13 de Abril de 1.979 que declara :

"No debe intervenir en el proceso arbitral el comprador de un cargamento que no tiene ningún vínculo jurídico con el demandante y/ a quien no se puede oponer la cláusula arbitral convenida en un contrato de flete".

119. Un problema interesante, sobre todo a nivel internacional se plantea cuando las partes en un contrato principal pactan una cláusula compromisoria y ejecución del mismo depende de prestaciones suministrados por terceros que no son parte en el contrato principal. ¿Cómo hacer que la sentencia arbitral produzca efectos con respecto a estos terceros?. Para intentar responder a estas cuestiones, la Cámara de Comercio Internacional ha decidido crear un grupo de trabajo especial sobre el arbitraje y contratos conexos encargado "de estudiar la oportunidad y la posibilidad de garantizar la unidad de los procesos arbitrales en la hipótesis en que la ejecución del contrato principal depende de las prestaciones suministradas por terceros".

NOTAS

(1) DELVOLLE, Nota sobre sentencia arbitral de 13 de Abril de 1.979, Revue de l'Arbitrage 1.979 pág. 383.

120. Un caso especial de lo que acabamos de decir la subcontratación.

Es supuesto normal que en la ejecución de contratos internacionales de cierta complejidad y envergadura intervengan diversos grados y fases, asumidas por subcontratistas que ejecutan parcialmente aspectos determinados de la operación

Esta subcontratación puede hacer acto de presencia a nivel de las negociaciones, por ejemplo, en materia de engineering o consulting en sentido amplio en que determinados elementos del contrato se encomiendan para su estudio y fijación a firmas especializadas. Dentro de este campo abierto de colaboraciones y de realización en equipo, la instrumentación jurídica de las relaciones que se establecen entre las partes principales y los subcontratistas dan lugar a una serie de contratos presididos por unas directrices genéricas y una unidad de criterio e intención por lo general contenidas en una declaración programática recogida en un protocolo.

Esta colaboración, repetimos, puede dar lugar a una multiplicidad de contratos y de situaciones jurídicas, a las que es necesario otorgar homogeneidad, sobre todo en aspectos tan relevantes como el arbitraje pactado a nivel de contrato principal y que, para ser operativo, ha de abarcar también los contratos parciales o subcontratos. El efectos relativo del pacto arbitral im-

pediría el acceso al proceso de los subcontratistas, de no mediar una producción en todos los contratos parciales, de la cláusula arbitral contenida en el contrato principal. También es frecuente en este contexto que los contratos/parciales de ejecución o subcontratos no se subordinen con el contrato principal, sino que las partes colaboradoras acudan simultáneamente a la contratación a través de consorcios o agrupaciones temporales de empresas supuesto éste, absolutamente necesario en operaciones financieras de amplio volumen.

En otras ocasiones, los colaboradores ejecutantes se asocian entre sí o con algunas de las partes del contrato principal creando sociedades ad hoc con fines y cometidos específicos dentro de la operación general.

E incluso sin constituir sociedad o grupos de sociedades filiales los diversos subcontratistas se vincularán con la parte principal por medio de contratos independientes (1).

En todos estos casos, para preservar la unidad del arbitraje orillando los inconvenientes del efecto relativo de los contratos es necesario/reconducir todas diferencias surgidas entre las diversas partes implicadas a un solo arbitraje, ante un mismo tribunal (2), y con arreglo a idénticos criterios en cuanto al derecho aplicable a cada una de sus fases y elementos.

La solución a este problema será posible en el momento de la organización del arbitraje prevista en las cláusulas compromisorias de los diversos contratos, reproduciendo una misma fórmula en todos ellos y obligando a las partes principales a hacer repercutir sobre sus respectivos subcontratantes el contenido de dicha cláusula para establecer un proceso arbitral — coordinado.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 359..

(2) FUNCK BRENTANO Comunicación al IV Congreso de Moscú, 1.972, Revue de l'Arbitrage, 1.972, nº. 4 p. 448.y ss.

121. ¿Qué sucede en el supuesto en que varias personas están unidas por vínculos jurídicos de solidaridad? Aplicando la regla general, a pesar de esta/solidaridad, el contrato arbitral no compromete más que a sus signatarios.

122. Supuesto de la Cesión de créditos . La cesión de crédito es la transmisión por el acreedor de la titularidad del derecho de crédito cedido a otra persona. Los sujetos de la cesión de créditos son el cedente y el cesionario. El deudor - cedido no es parte en el negocio de cesión al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca.

Según la doctrina (1), el contrato arbitral entre el acreedor-cedente y el deudor-cedido compromete al cesionario. El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor. También puede oponerle las excepciones personales.

Entre estas excepciones está la que se funda sobre el contrato arbitral, en base al adagio NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET. Por consiguiente, el cesionario es parte (2).

NOTAS

(1) FOUSTOUCOUS, L'Arbitrage, op. cit. pág. 82.

(2) FOUCHARD, L'Arbitrage..., op. cit. pág. 121, nº. 14: No ha sido considerado como tercero el cesionario de un crédito en un contrato internacional conteniendo una cláusula compromisoria.

123. La sentencia de la COUR D'APPEL de París (7ª. Ch) de 15 de Marzo de 1.903 ha declarado que :

"Un tribunal de comercio es incompetente para conocer la acción introducida contra el cedido por el cesionario del contrato de donde resulta, si este contrato contiene una cláusula compromisoria para la solución de los litigios por sobrevenir, entre el cedente y el cedido con motivo del mismo contrato.

El deudor cedido tiene un derecho adquirido a la cláusula compromisoria prevista en el contrato, y el cesionario no puede tener otros derechos que los pertenecientes al cedente ".

La jurisprudencia francesa considera, por consiguiente que el cesionario es parte en el contrato.

124. Modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor.

Se puede hacer por :

1.- La Asunción de la deuda, que es un negocio jurídico por el que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo. Requiere el consentimiento de ambos y el del acreedor, para que el deudor primitivo quede liberado. El régimen de las excepciones que el nuevo deudor puede oponer al acreedor no está previsto en el Código Civil. Parece claro que podrá oponer aquellas que se derivan de la propia deuda asumida.

2.- Expromisión. A diferencia de la asunción de la deuda, en la expromisión estamos ante un convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libera al primitivo y que no requiere ni el consentimiento ni siquiera el conocimiento de éste.

Surge entonces la cuestión de saber si el nuevo deudor que se sustituye en las obligaciones del antiguo deudor liberándole puede automáticamente ser parte en una cláusula compromisoria concluida a propósito de esta obligación entre el antiguo deudor y el acreedor.

En mi opinión, el nuevo deudor pasa a ser parte automáticamente en la cláusula compromisoria.

125. Cesión de un contrato. Hasta ahora se había pensado que el cambio de persona tenía por objeto la transmisión o el paso de alguno de los sujetos antiguos a otros nuevos de varios de los efectos producidos por la obligación. Sin embargo el fenómeno puede ser más complejo, transfiriéndose en bloque la totalidad de la relación obligatoria. Como este tipo de relaciones nacen normalmente de un contrato, en la doctrina (1), se ha hablado de una "cesión del contrato". Por ejemplo cesión de la compraventa... Doctrinalmente se ha discutido si la llamada cesión del contrato se descompone en una serie de cesiones de cada uno de los efectos del mismo (cesión de créditos, asunción de deudas, etc.) o si por el contrario se trata de un fenómeno de un carácter unitario con una finalidad unitaria también.

Este segundo punto de vista es el más conforme con el propósito de las partes de verificar la transmisión de una compleja posición jurídica, y a su vez, con la necesidad de que la unión tenga un pleno alcance objetivo, es de-

cir que no afecte solo a los derechos y a las obligaciones, sino a cualesquiera efectos contractuales (por ejemplo, excepciones), y así mismo a que la producción de sus consecuencias se realice con recíproca interdependencia en todas — sus partes.

Aunque nuestro Derecho positivo no contenga normas que admitan y — consagren con carácter general la figura, parece que no hay ninguna dificultad/ en construirla al amparo del principio de libertad de pactos del art. 1255 Código Civil.

La cesión requiere para la plena producción de sus efectos, el consentimiento del contratante cedido.

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO, GULLON, op. cit..., páig. 301.

126. Desde nuestro punto de vista, considerando que la cláusula compromisoria — funda una excepcion y que esta se transmite con el conjunto del contrato, hay — que deducir que el cesionario sustituye al cedente como parte en la cláusula compromisorio.

127. En el Derecho francés, el problema se plantea de la siguiente manera .

Hay que partir del hecho de que, en un contrato mercantil, la cláusula compromisorio ha llegado a ser una estipulación tan usual y necesaria para el mecanismo convencional como cualquier otra, por ejemplo los plazos de entrega. De alguna manera, podríamos decir, aparece el arbitraje despersonalizado.

Admitido esto, siendo, por consiguiente, parte integrante en el contrato mercantil, la cesión del mismo, en virtud del principio de libertad contractual, implica la cesión del pacto compromisorio, bajo la misma forma.

128. A su vez la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 1.935 declaró que :

"La cesión transmite todos los derechos y obligaciones entre los que/ deben concluirse la sumisión pactada".

129. Llamada en garantía. En principio no es posible. Los terceros llamados en garantía pueden siempre rehusar intervenir en el arbitraje con efecto de garan-

tizar a una de las partes las condenas que podrían ser pronunciadas contra ella por los árbitros.

Pero, a la inversa, los terceros llamados en garantía pueden aceptar siempre la competencia de los árbitros y comparecer delante de ellos. En este caso, llegan a ser partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, - en el sentido de que todas las cláusulas del mismo le son oponibles.

130. Intervención voluntaria. Es un caso muy diferente de la llamada en garantía. La intervención voluntaria es la hecha por un tercero que pretende inmiscuirse en un proceso al cual no ha sido llamado.

Así como en el proceso judicial el tercero se integrará en él, en el caso del arbitraje, esto no es posible, ya que las partes han aceptado un arbitraje modelado según la cláusula compromisoria. La intervención voluntaria de este tercero vendría a) modificar profundamente este arbitraje. Por consiguiente, las partes o una sola de ellas tienen el derecho de oponerse.

Ahora bien, si aceptasen las partes la intervención del tercero, este sería entonces parte en la cláusula compromisoria (y en el compromiso) como si lo hubiese firmado, y todas las cláusulas del contrato arbitral le serán/ oponibles.

II.. LEY APLICABLE A LAS PARTES EN LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL

131. Personalidad y capacidad del extranjero. En nuestro ordenamiento jurídico/ no existe discriminación alguna con los extranjeros en el reconocimiento de la/ personalidad; fruto de una evolución muy antigua, que proviene de la misma Roma se ha podido entender fácilmente que tan persona es el nacional como el extranjero.

Desde ese punto de vista, no existe ningún problema para poder manifestar que un extranjero o dos extranjeros puedan ser parte en un proceso arbitral regido por nuestro Derecho convencional Arbitral, ya que en nuestro Derecho la capacidad para ser parte es referida a la personalidad. La expresión general contenida en el art. 27 CC. y la más directa, pero imprecisa del art. 23/ de la Constitución de 1.978, son manifestaciones de este pensamiento desarrollado en la historia.

Quizá sea la evidencia la que ha impedido que en nuestro ordenamiento jurídico encontremos normas concretas y expresas que manifiesten la capacidad de ser parte a los extranjeros; el hecho cierto es que nuestra LEC, - por ejemplo, no contiene ninguna norma expresa en ese sentido, aunque es claro que contiene múltiples referencias en otras tantas normas quedan por supuesto esa capacidad de los extranjeros.

132. Esto se aplica no solo a las personas naturales sino también a las jurídicas. Esto quiere decir que lo mismo que las personas jurídicas de nacionalidad española tienen la capacidad de ser parte procesal en un proceso arbitral, esa capacidad también se predica de las personas jurídicas de nacionalidad no española o extranjera, lo que ocurre es que, al contrario de la persona natural, la persona jurídica es una ficción jurídica que está sometida a unos cauces y a unas reglas jurídicas determinadas, lo que hace necesario matizar el principio de que toda persona jurídica extranjera tiene capacidad de ser parte en un proceso arbitral convencional; esa matización pasa por dos coordenadas :

a) Para determinar si una específica entidad es persona jurídica, hay que acudir a lo dispuesto en las normas del ordenamiento jurídico señaladas por su nacionalidad. Esta ley no solo regulará tal como dice el art. 9 nº. 11 CC, su capacidad, constitución, representación, etc., sino fundamentalmente si es o no persona jurídica, o, mejor si ese ordenamiento le otorga la personalidad jurídica .

Por último, la nacionalidad de la persona jurídica viene dada conforme a nuestro Derecho por el criterio del domicilio (art. 28 CC, art. 5 LS A, entre otros.)

Por tanto, en principio, solo las instituciones extranjeras que -- tienen personalidad jurídica, según la ley de nacionalidad, podrán ser consideradas como personas jurídicas en nuestro ordenamiento y consiguientemente partes procesales.

133. Esta norma se aplica a las personas jurídicas de Derecho Privado que son

parte en una cláusula compromisoria regida por las convenciones Internacionales, ya que este problema no es expresamente aludido en las mismas.

134. B) Pero no basta con eso, la capacidad de ser parte o más ampliamente la personalidad de las personas jurídicas extranjeras. Hay que ver su adecuación o simpatía con el orden público interno. Es decir hay que tener en cuenta el art. 12. 3 CC que establece que "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público".

Quiere decir ello que no se considerarán personas jurídicas en España aquellos extranjeros que contrari en algún modo el orden público cuando el objeto o fin de las mismas sea contrario a la moral, buenas costumbres o — cuando contrarie normas imperativas españolas (instituciones en cuyos estatutos se admiten métodos de acción violentos.)

135. En el mismo sentido, el art. V.2. b de la Convención de Nueva York.

"Se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si el juez español comprueba que la persona jurídica extranjera/ parte en la cláusula compromisoria, por sus estatutos, viola el orden público español. Y esto lo apreciará el juez de oficio.

136. Capacidad procesal

1) La parte extranjera, para actuar válidamente en el proceso arbitral, tiene que ser capaz. En caso de incapacidad esta deberá ser suplida en el proceso — por los representantes legítimos o por los que deban suplir su incapacidad de acuerdo con el Derecho. Por tanto el art. 2 de Ley Enjuiciamiento Civil se — aplica tanto a la parte española como a la parte extranjera.

El problema que se puede plantear es en base a que ley hay que determinar la capacidad o no de los extranjeros, y antes, que se debe entender — por capacidad. El art. 8. 22 CC dice "las leyes procesales españolas serán — las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español" ... (V. gr. exequatur de una sentencia arbitral extranjera). Ello quiere decir que la definición y el contenido de los conceptos e instituciones — procesales españolas siempre se rigen por la LEX FOR. Por tanto capacidad — procesal es un concepto que conforme a nuestro ordenamiento jurídico es asi—

milable a la posesión " del pleno ejercicio de los derecho civiles" (art. 2 - LEC). Partiendo de ese contenido de capacidad procesal, la determinación de - si una persona extranjera es o no capaz hay que hacerla conforme a su ley nacional, porque ella es la que, conforme establece el art. 9.1.CC, rige la capacidad, el estado civil, etc.

Así mismo, en caso de incapacidad según su ley personal, podrá suplirla en el proceso arbitral, si por el comparece la persona que deba suplir esa incapacidad según su ley personal.

137. El principio que hemos establecido es matizable pues es válido en cuando se parte del hecho de que capacidad de actuar válidamente en el proceso arbitral se corresponde con la capacidad de obrar en el Derecho Civil. Pero sabemos que aún cuando eso sea lo normal, existen no pocos casos en los que la capacidad de actuar válidamente en el proceso no corresponde, con la capacidad/ de obrar civil. Esto es importante porque no hay remisión a la ley material, - y, por tanto, la capacidad quede regulada directamente por la ley procesal; - por ejemplo en el proceso de quiebra. En este caso, el incapaz civil puede estar válidamente por sí en el proceso; por tanto es capaz procesalmente.

Pues bien, cuando estos esquemas los trasladamos a la parte extranjera, el resultado es el mismo: no hay remisión a la ley personal por lo que/ un incapaz procesalmente, según la ley personal del extranjero, es capaz en España para realizar válidamente actos procesales si esa capacidad viene regulada expresamente por la norma procesal española.

138. En el Derecho Convencional arbitral el Derecho aplicable a la capacidad - no debe quedar cubierto, l ógicamente, bajo el manto protector de la ley de autonomía y subsidiarias, como sucedía con respecto al contrato arbitral en su conjunto .

139. Se han propuesto las siguientes soluciones :

- A) La ley aplicable a la capacidad de las partes será determinada a la vez y - en forma acumulativa por las reglas de conexión de la ley aplicable, en general, al arbitraje y por la ley del Foro estatal.
- B) Ley determinable por la aplicación de la regla de conflictos del foro arbi-

tral.

Este es el sistema propuesto por el Instituto de Derecho Internacional, según el texto definitivo adoptado por la sesión de Amsterdam de 27 de Diciembre de 1957. Según el art. 4º., "La capacidad de las partes para comprometer será regida por la ley indicada, según las reglas de conexión en vigor en el lugar de la sede del Tribunal Arbitral".

C) Determinación de la ley aplicable según la regla de conflicto del foro judicial. Es el sistema seguido por el Derecho de las Convenciones.

D) La capacidad para comprometer se rige por la ley aplicable al fondo del litigio. Esta ley se determina por las reglas del conflicto del Estado donde está instalada la sede del Tribunal Arbitral. Sistema así mismo del Instituto — de Derecho Internacional —art. 5º del Texto definitivo de la resolución— y, en general, seguido por todos aquellos que pretenden una unicidad o unificación — de la ley aplicable a todo el conjunto del arbitraje sobre la base del criterio territorial.

E) Sistema de la apariencia cerrada. En realidad estamos en presencia más que de la determinación de la regla de conflicto, de una aplicación con carácter, — unificado y general, de un uso de comercio admitido internacionalmente. Es la jurisprudencia creada por el arrêt "Lisardi" (1) sobre ignorancia excusable acerca de la ley del extranjero en materia de Derecho Internacional.

La doctrina "Lisardi", se centra en que será válida una cláusula-compromisoria o compromiso suscrito por persona que tenga aparentemente la cualidad de comerciante y sin que se ponga de manifiesto su incapacidad conforme a la ley aplicable. Indudablemente esta apariencia jurídica creada por esta — doctrina tiene el valor de un principio general de Derecho, de un uso de comercio aplicable directamente por el Tribunal Arbitral y contribuye a la seguridad del Tráfico jurídico mercantil internacional (2).

NOTAS

(1) COUR DE CASSATION, 16 de Enero de 1961.

(2) Ver sobre la capacidad de las partes.

— ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, Convenciones multilaterales y otros —

- instrumentos en materia de arbitraje, Roma, 74.
- BATIFFOL, L'Arbitraje et les conflits des lois R. Arb. 1.957, págs. 110 y ss.
 - R. DAVID, El Arbitraje convencional en Derecho Internacional Privado, - Estudio de Derecho Comparado, UNIDROIT, 1.932.
 - Y. DERAIS, La aplicación acumulativa por el árbitro de sistemas de conflicto interesados en el litigio. Rev. Arb, 1.972, págs. 99 y ss.
 - FRAGISTAS, Arbitraje extranjero y arbitraje internacional, Revista crítica de Derecho Internacional Privado, París, Sirey 1.958.
 - FRANCESCAKIS, La teoría del envío y los conflictos de sistemas en Derecho Internacional Privado, París, Sirey 1.958.
 - GOLDMAN, los conflictos de leyes en el arbitraje internacional de Derecho Privado, Recull de cours en la Academia de Derecho Internacional — (la Haya), 1.963, T. 109.
 - GOLDMAN, Reglas de conflicto, reglas de aplicación inmediata y reglas materiales en el arbitraje comercial internacional. Trabajos del comité francés de Derecho Internacional Privado, 1966-1969, París 1.970, págs. 119 y ss.
 - LEVEL, Definición y fuentes del arbitraje internacional, Conflictos de leyes; convención de Arbitraje, JCL de derecho Internacional, 9, 1.970, pág. 585.
 - SAUSER-HALL, El Arbitraje en Derecho Internacional Privado, Anuario del Instituto de Derecho Internacional, 1.952, T.I, pág. 469-613.

140. Examinando en concreto tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Ginebra nos encontramos lo siguiente :

1. La Convención de Nueva York viene de hecho a reintroducir el sistema de los **Acuerdo de Ginebra**, aunque solo sea en lo tocante a la capacidad.

Según el art. V, 1 a) de la Convención de Nueva York podrá ser denegado el reconocimiento y ejecución de una sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba, ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución:

a) que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a/ alguna incapacidad en virtud de la ley que les sea aplicable. De lo cual se deduce ;

12. Que la regla General contenida en el mismo apartado, sobre la/ determinación del derecho aplicable a la convención arbitral (- ley de autonomía o ley del foro arbitral) conoce de una excep-

ción en cuanto a la capacidad de las partes en que será de aplicación la regla material determinada por el sistema de conflictos del foro.

- 2º. Que se borra, toda diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria a efectos de capacidad, sin perjuicio de la regla material designada por la norma conflictual.

141. La Convención de Ginebra, aunque recogiendo idéntico principio que la convención de Nueva York esto es acogiendo la excepción en cuanto a la determinación del derecho aplicable a la capacidad, lo matiza en función de los dos momentos en que interviene el juez estatal; en este caso, el juez español.

a) En el examen acerca de la validez del acuerdo compromisorio arbitral. Es el supuesto del art. VI 2. del Convenio cuando el juez conoce de la eficacia procesal (por planteamiento de la declinatoria) del mismo. En este caso "en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, los tribunales nacionales se atenderán a la ley que les sea aplicable a éstas ".

Según ello, parece deducirse que la regla es directa y de carácter general, y por ser el derecho de los Tratados derecho interno los tribunales españoles aplicarán de oficio el sistema de conflictos para determinar la ley material que rige la capacidad de las partes.

b) En el trámite de exequatur de un laudo extranjero, facultando la denegación, si concurren dos circunstancias (IX,1,a,).

- Que el laudo haya sido anulado en el Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo.
- Que dicha anulación haya sido porque "las partes en el acuerdo o compromiso arbitral estaban con sujeción a la ley a ellas -- aplicables, afectadas por una incapacidad de obrar".

142. 2) En lo que se refiere a las personas jurídicas extranjeras, no existe

problema de capacidad pues toda persona jurídica es capaz de realizar válidamente actos procesales. Existe más bien un problema de representación.

Los problemas que plantea la representación de las personas jurídicas extranjeras en el proceso arbitral son más de tipo formal que de tipo sustancial. El problema sustancial que ha resuelto con la remisión que hace el Código Civil en el art. 9.11, en donde se establece que la representación de la persona jurídica extranjera será ordenada por la Ley de la nacionalidad.

174. A falta de disposiciones expresas en el Derecho Convencional Arbitral, regirá el art. 9.11 del Código Civil con respecto a la representación de las personas jurídicas en el proceso arbitral convencional.

175. Con respecto a los problemas formales en el procedimiento de exequatur de una sentencia arbitral extranjera, son los mismos que cuando se trata de una persona jurídica española, nada más que agravados con el hecho de que la prueba de la representación de la persona jurídica extranjera conlleva irremediablemente la demostración de las normas jurídicas extranjeras.

3. EL ESTADO, PARTE EN LA CLAUSULA COMPROMISORIA

143. ¿Pueden ser los Estados parte en una cláusula compromisoria? La respuesta ha variado según se trate de una cláusula compromisoria sujeta al derecho interno o de una cláusula compromisoria sujeta al Derecho Convencional. Tanto el Derecho francés como aquellos pertenecientes a su ámbito de influencia,

en el primer caso, han sido unánimes en su respuesta negativa (1).

NOTAS

(1) En la Revue de L'Arbitrage cabe reseñar los siguientes trabajos:

MOTULSKY, El Arbitraje Comercial y las personas de Derecho público, 1.956/ pág. 38 y ss.

CARABIBER, El Arbitraje Comercial y la Reserva de Orden público, 1.956 pág 118 y ss.

MOTULSKY, la internacionalización del derecho francés del arbitraje, 1.963 pág. 110 y ss.

FLAMME, El Arbitraje en las relaciones entre personas de Derecho Público - y de Derecho Privado 1.966, pág. 85 y ss.

RIVERO, Personas morales de Derecho Público y Arbitraje 1.973, pág. 263 y ss.

STORME, El Arbitraje entre personas de Derecho Público y personas de Derecho Privado, 1.970, págs. 113 y ss.

EISEMANN, La situación actual del arbitraje comercial internacional entre Estados o entidades estatales y personas físicas o morales de Derecho Privado, 1.975, 279 y ss.

Otra bibliografía :

CARABIER, El Arbitraje internacional entre gobierno y particulares, RECUEIL de COURS en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1.950.

CARABIER, La Evolución del Arbitraje comercial Internacional, ídem. -I-T.- 99. págs. 119 y ss.

FATOUROS, Reflexiones sobre "Inversiones extranjeras y arbitraje entre Estados y personas privadas. La Convención BIRD del 18 de Marzo de 1.965". Revista crítica de Derecho Internacional Privado, 1970/ págs. 580 y ss.

KOVAR, Inversiones extranjeras y arbitraje entre Estados y personas privadas, París, Pédone 1.969.

MIAJA DE LA MUELA, Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras. Revista española de Derecho Internacional, XXII/1 1.969, págs. 941.

VEDEL, El problema del arbitraje entre gobiernos y personas de derecho público y personas de derecho privado, Revue de L'Arbitrage 1.961, págs. 116. y ss.

144. El estado de la cuestión en el Derecho interno francés.

El Derecho francés prohibía que el Estado fuera parte en una cláusula compromisoria por dos tipos de causas :

1. Los arts. 83 y 1004 del Código Procesal Civil prohibían rotundamente la intervención del Estado como parte en un pacto compromisorio.
2. Se trata de una cuestión de orden público: la competencia administrativa no permite ni la cláusula derogatoria ni la prórroga de competencia y no puede comportar ningún fallo a través del cual se pueda deslizar una competencia arbitral .

Sin embargo, esta incapacidad general del Estado para concluir cláusulas compromisorias ha sufrido alguna quiebra :

1. Por derogaciones expresas previstas en el Derecho positivo: por ejemplo, art. 69 Ley de finanzas de 17 de Abril de 1.916 respecto a la liquidación de pagos de trabajos públicos y de suministros.

2. Por la doctrina (1) que sostiene que cabe distinguir los actos de autoridad, sometidos a los tribunales administrativos de los actos de "gestión" sometidos a la jurisdicción ordinaria y por tanto a la jurisdicción arbitral.

NOTAS

(1) MOTULSKY, Ecrits, II, Dalloz, París 1.974 págr. 87

145. La cuestión en el Derecho interno español

Ha dicho MONEDERO (1) que " la definición del art. 2º. de la ley de Arbitrajes/ Privados en principio es válida en el campo del contrato del Estado, pero es necesario aludir a la problemática peculiar que aquí suscita por la utilidad que la introducción generalizada en el sistema de contratación estatal podría rendir - en el futuro.

El arbitraje se nos presenta como una vía de resolución de conflictos entre las partes más rápida, más barata y menos formalista que la vía jurisdiccional ; y desde luego más objetiva y segura que los "arreglos" que la Administración y los administrados contratantes concluyan en ocasiones para zanjar/ discrepancias de forma discreta por conveniencia de ambas partes. La exposición de Motivos dice textualmente : "el desarrollo de arbitraje es, pues, un síntoma de que en un país determinado las relaciones intersociales no se agudizan — continuamente de manera que sea siempre preciso acudir al remedio extremo de — los tribunales. De aquí, que precisamente en los países de más densa cohesión — social, sin perjuicio de refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez de mayor amplitud".

El Derecho público, sin embargo, nunca ha visto con buenos ojos la/ admisión del arbitraje como forma de dirimir los litigios entre el Estado y los particulares. La vieja ley de Administración y Contabilidad exigía a este respecto en su artículo 6º. una ley autorizando el arbitraje; el mismo requisito lo — exigió más tarde el art. 41 de la ley del Patrimonio del Estado, por lo que se/ refiere a los bienes y derechos patrimoniales. Con tan severas limitaciones, es lógico que si exceptuamos algunos convenios internacionales crediticios, las — cláusulas de arbitraje sean prácticamente desconocidas en los contratos de la administración.

Sin embargo la operatividad del arbitraje era necesario vitalizarla en el campo contractual y por este motivo, el Reglamento General de Contratación realizó ya un tímido intento en el segundo párrafo del art. 54 aludiendo al arbitraje como una alternativa posible en el campo jurisdiccional. Pero es el art. 39 de la ley General Presupuestaria la que abre más — claramente la puerta al arbitraje en el contencioso de la Administración, — al sustituir el antiguo requisito de la ley, por el Decreto, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, si bien esta última exigencia complicará la rapidez del procedimiento de preparación.

Ahora bien, con la llegada del art. 39 de la ley General Presupuestaria no se han resuelto ni mucho menos las dificultades que suscita esta institución en el marco de la Administración. El requisito del Decreto/actúa como mero antecedente del arbitraje o, mejor dicho del ejercicio de — la facultad concedida a los órganos para someter una cuestión litigiosa al/ arbitraje. Quedan en pie muchos interrogantes: ¿ a qué estructura jurídica — y procedimiento deberá ajustarse la realización del contrato de compromiso/ y subsiguiente arbitraje? ¿ Que eficacia y promesa tendrán los laudos? ¿Deberán estos arbitrajes administrativos regularse por la ley de Arbitrajes — Privados? Entendemos que la citada ley básica común en el tema es solo aplicable a aquellos supuestos en que la Administración se sujeta al Derecho — Privado. Por el contrario en la esfera de los contratos administrativos no/ es posible simplificar la problemática cayendo en los brazos supletoriamente del Derecho privado ante la inexistencia de una normativa específica administrativa ; primero, porque la propia ley de 1.953 deja bien sentado en su artículo 1º. que su normativa solo se refiere a los arbitrajes de Derecho — privado, pero no a los sujetos al Derecho público, que "continuarán sometidos a las disposiciones proque se rigen " y en segundo lugar, porque la estructura que configura para el contrato de compromiso, el procedimiento, el laudo y recurso es ciertamente incoherente con la presencia de la Administración como parte interesada en el arbitraje marginándose incluso las compe—

tencias de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que aquella reconduce la cuestión a la jurisdicción ordinaria.

Desde nuestro punto de vista se hace necesario reconstruir la figura del arbitraje en estos casos bajo el esquema del propio contrato administrativo, o sea de un contrato administrativo especial de arbitraje que se regularía por sus normas privativas, en su defecto, por la ley de contratos del Estado y en defecto de esta última por el Derecho Privado. O sea que el arbitraje deberá sujetarse a la estructura ordinaria de los contratos administrativos, según nuestro ordenamiento.

En efecto, con independencia del carácter procesal del arbitraje es indiscutible que el soporte jurídico fundamental del mismo, y de los laudos — que coronan el procedimiento, lo constituye el contrato de compromiso (o cláusula compromisoria incluida en los pliegos) que deben celebrar previamente la Administración y el administrado contratante. Producido el contencioso entre las partes, la realización del arbitraje se resuelve en definitiva en un problema de cumplimiento y efectos de aquel contrato, cuyo fin básico sería impedir a los tribunales contencioso—Administrativos conocer la controversia sometida a ese fallo arbitral.

La acción procesal es en términos generales renunciable y por tanto, ningún principio esencial se viola con la sumisión del tema a árbitros privados tanto por lo que se refiere a la administración como al administrado contratante. En suma , que nos pronunciamos en favor de la rápida introducción del arbitraje en el sistema de contratación español mediante la promulgación de las normas administrativas típicas que regulen un procedimiento uniforme y clasifiquen la problemática que hoy envuelve a esta figura tan útil para el logro de la cohesión y de la paz social ". (2).

NOTAS

- (1) MONEDERO GIL , Doctrina del contrato de Estado, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1.977.
- (2) En estos momentos se tiene noticia de que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa está realizando estudios en orden a la normativa reguladora del arbitraje en los contratos administrativos. Realmente esto supone/

un gran cambio en relación con el art. 12 del R.D. de Bravo Murillo, 27 de/ Febrero de 1.852 que prohibía expresamente juicio de arbitraje en la contra tación del Estado.

146. Es interesante destacar ~~que~~ incluso las más modernas legislaciones arbitra- les internas siguen manteniendo restricciones respecto a la posibilidad del Es- tado o de una persona moral de Derecho Público, de concluir una cláusula compro- misoria. E incluso, como la nueva ley belga de 4 de Julio de 1.972, prohíbe — que las colectividades públicas puedan ser sujetos de un contrato arbitral. Así el art. 1.676 dice textualmente :

- "1.- Toda diferencia ya nacida o que pueda surgir de una relación — de derecho determinada y sobre la cual se permite transigir,— puede ser objeto de un contrato arbitral.
- 2.- Con excepción de las personas morales de derecho público, cual quiera que tenga la capacidad de transigir, puede concluir una convención arbitral parecida cuando un tratado le autorice a — recurrir al arbitraje.
- 3.- Las disposiciones que proceden son aplicables bajo reserva de/ ~~excepciones~~ excepciones previstas por la ley".

La conclusión inmediata es que :

- 1.- En el ámbito interno belga, las colectividades públicas no pue- den ser parte en un contrato arbitral, no ser que la ley lo — permita .
- 2.- En el ámbito internacional, el Estado puede concluir un pacto/ compromisorio siempre que lo autoricen los tratados internacio nales suscritos por Bélgica.

147. Incluso el moderno Derecho francés, en contra de lo expresado por la doc— trina, no ha autorizado al Estado a comprometer en el ámbito interno, ya que el Decreto de 14 de Mayo de 1.980 ha derogado los artículos 1005 a 1028 del Código Procesal Civil dejando aplicable el 1.004 CPC.

148. Contrasta esta actitud de los Derechos internos que siguen fundamentalmen- te al Derecho francés con las más modernas orientaciones en el Arbitraje comer-

cial extranjero que han sido recogidas por la jurisprudencia y por las convenciones.

149. La jurisprudencia francesa ha llegado a la conclusión de que en materia de Arbitraje comercial internacional, El Estado puede ser parte en una cláusula compromisoria por las siguientes razones :

1.- La prohibición existente en el Derecho interno depende del orden público interno, pero no del orden público internacional.

L'arrêt de la COUR DE CASSATION (Ch. Civ., 1^{re} Sect.) ha establecido que :

"La prohibición de la facultad para los establecimientos públicos/ de suscribir contratos arbitrales es de orden público interno, no/ de orden público internacional y no constituye obstáculo para que/ un establecimiento público someta, como podría hacerlo cualquier otro contratante, la convención de derecho privado que realiza a una ley extranjera cuando este contrato reviste el carácter de internacional".

Es decir, este arrêt admite que la cláusula compromisoria suscrita por el Estado es válida si se cumplen dos condiciones :

1) Se trata de un contrato internacional.

2) La ley extranjera (ley inglesa en este caso) que rige el contrato admite la validez de una cláusula de este tipo.

150. 2.- Por la exclusión de la ley personal para hacer prevalecer un uso de comercio de carácter internacional . L'arrêt de la Cour de Cassation (1^{re} Ch. Civ) de 2 de Mayo de 1.966: sostuvo que :

"La prohibición que se deriva de los artículos 83 y 1.004 D.Proc. Civ no es aplicable a un contrato internacional concluido por la persona moral de Derecho Público en condiciones conformes a los usos del comercio marítimo ".

151. 3.- Por un principio general de Derecho o una norma no escrita de Derecho Internacional público.

Así, se ha dicho (1), la capacidad del Estado de comprometer es controvertida. A este respecto es preciso distinguir, en primer lugar, según que el Estado actúe como tal o por intermedio de una sociedad de Derecho privado que domina; a continuación, desde otro punto de vista según que el Estado actúa como soberano por un acto de autoridad o como persona privada al recurrir a las formas del Derecho Privado para fines comerciales. Esta doble distinción implica que hay ciertas excepciones al principio que se puede establecer de manera general consistente en que el Estado como tal está privado de la facultad de comprometer. Esta distinción entre gestión pública y gestión privada del Estado -- que permite a éste comprometer cuando actúa en el segundo caso, es un principio general del derecho administrativo (2).

NOTAS

(1) FOUCARD, op. cit., pág. 101.

(2) Los actos de gestión pública del Estado están cubiertos por la inmunidad de jurisdicción. No lo están, en cambio, los actos de gestión privada no, pudiendo entonces el Estado someterse a la jurisdicción arbitral.

152. En cuanto a la jurisprudencia española, el Auto de la Sala 1ª de la TS de 17 de Mayo de 1.966, que otorgó el exequatur a un laudo dictado en Inglaterra -- contra el Servicio Comercial de Piensos compuestos del Sindicato Nacional de Cereales, sin que la condición del condenado fuera un obstáculo para ello, va en la misma línea que la jurisprudencia francesa (1).

NOTAS

(1) Sobre la inmunidad de jurisdicción hay una numerosa bibliografía de la cual -- destacamos.

- CARABIBER, la Inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados, colectividades y establecimientos públicos con respecto a la obligación asumida -- por una cláusula comprometería inserta en los contratos internacionales de -- Derecho Privado, International Arbitration Liber amicorum for M. DOMKE op. cit. pág. 23 y ss.
- BATIFOL, Arbitraje internacional e inmunidades de jurisdicción y ejecución/ Rev. Arb. 1.974, pag. 326 y ss.
- WIEDERKEHR, La convención europea sobre inmunidad de los Estados de 16 de Mayo de 1.972, Anuario francés de Derecho Internacional. 1.974, págs. 924 y ss.
- KRAFFT, La convención europea sobre inmunidad de los Estados y su protocolo -- adicional, Anuario suizo de Derecho Internacional, 1.975, pág. 11 y ss.
- ORTIZ ARCE, las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la Economía de Mercado. Especial referencia al Conve--

nio del Consejo de Europa de 16 de Mayo de 1.972, Revista de Instituciones europeas , 1.979, págs. 503 y ss.

- BOUREL Inmunidades, Repertorio de Derecho Internacional, París, Dalloz 1968
- SIORAT. Las limitaciones aportadas a la soberanía de los Estados por la — convención para el reglamento de las diferencias relativas a las inversiones privadas internacionales. En "Inversiones extranjeras y Arbitraje entre Estados y personas privadas", París, Pédone 1.969, págs. 59 y ss.
- WEIL, Problemas relativos a los contratos concluidos entre un Estado y un particular, Recueil de Cours en la Academia de Derecho Internacional (la Haya)1969 -III págs. 95-240.

153. El II Congreso internacional de Arbitraje de Rotterdam del 6 al 9 de Julio de 1.966 votó la siguiente resolución :

" El congreso :

Considerando la disparidad en las diversas legislaciones positivas de los países del Mercado Común en el ámbito del arbitraje — entre personas morales de Derecho Público y personas de derecho/ privado, siendo la prohibición de comprometer la regla para ciertos países mientras que otros reconocen una libertad de comprometer más o menos amplia.

Considerando que esta prohibición no está justificada por el desarrollo de las actividades industriales y comerciales de las personas morales de Derecho Público;

Considerando por lo demás que la jurisprudencia más reciente de/ la Corte de Casación de Francia ha abandonado esta prohibición en lo que concierne a los litigios internacionales.

Considerando que el buen funcionamiento del Mercado Común requiere la supresión de los obstáculos todavía existentes, para las — personas morales de derecho público referente a la libertad de — comprometer EMITE EL VOTO.

que las legislaciones nacionales se armonizen a fin de que reconoz
can a las personas morales de derecho público el derecho de esti-
pular las cláusulas compromisorias para arreglar toda diferencia
que pudiera hacer de una relación de derecho determinada y sobre
la cual se puede transigir.

154. Esta jurisprudencia francesa y el deseo de la doctrina, manifestado en el Congreso, va a ser plenamente recogido a nivel internacional, por la Convención de Ginebra de 1.961, a tenor de la cual el Estado podrá concluir una cláusula - compromisoria a nivel internacionalesl .

Según el art. 2º: " en los casos previstos en el art. 1º. del presente Convenio, las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable/ como personas morales de Derecho público, estarán facultadas para concertar válidamente acuerdo o compromisos arbitrales". y prosigue en el ap. 2º: " al firmar o ratificar el presente convenio o al adherirse al mismo, todo Estado contratante podrá declarar que limita dicha facultad, según las condiciones concretadas en su declaración".

155. El texto del Convenio no supone unificación de los derechos internos respectivos en el ámbito convencional, en cuanto a la capacidad general del Estado y/ demás personas morales del Derecho público, para concluir válidamente contratos arbitrales, puesto que queda abierta la posibilidad de que cada Estado contratante, en el momento de adherirse o de ratificarse, establezca las condiciones/ de limitación o de reglamentación a esta facultad de carácter general.

156. España no ha hecho uso de esta reserva en el momento de ratificar la Convención de Ginebra, por lo que se entenderá que acepta implícitamente la capacidad para comprometer.

157. El alcance de esta norma no evita dos tipos de conflictos que subyacen a la misma:

1) Un conflicto de calificación, puesto que estas personas habrá de considerarse en función de la ley que les sea aplicable, como personas morales de Derecho Público. Esta ley según establece el propio convenio con carácter general, no será otra que la determinada por el sistema de conflicto del Foro. Para el caso del Derecho español sería la ley personal. Existe, no obstante la posibilidad de conflicto entre la ley determinada por los árbitros y la ley determinada por el foro.

2) Un conflicto así mismo de calificación respecto de la facultad de concluir - pactos arbitrales relacionados con la disponibilidad o arbitralidad del litigio

que según el apartado 2º. del Convenio, será condición y causa de denagación - del acuerdo o compromiso arbitral, si conforme a la lex fori, la controversia/ no es por su objeto materia susceptible del exequatur contenida en el párr. 2º/ a. del art. V de la Convención de Nueva York.

158. Queda por ver una última cuestión en relación a la capacidad del Estado - y demás personas de Derecho público para suscribir cláusulas compromisorias vá lidad.

Siendo el Estado soberano de sus propias decisiones en el ámbito - interno, nada impide que al margen de la Convención internacional limite o re- glamenta esta capacidad general para comprometer, indirectamente, acotando el/ objeto arbitrable y declarando indisponible determinadas materias o directamente abordando el tema de la capacidad o competencia del Estado y las personas - jurídico—públicas.

Bien es cierto que la ratificación por España del Convenio de 1961 lo incorpora a nuestro Derecho interno, pero es suficiente una norma de idéntico rango para derogar lo dispuesto en esta normativa, quedando a salvo, lógicamente, la responsabilidad, del Estado en virtud del principio "pacta sunt servanda".

159. Semejante riesgo ha conducido al Banco Internacional para la Construcción y Desarrollo a propiciar la firma del Acuerdo de Washington de 1.965 sobre diferencias entre Estados y particulares, respecto de inversiones extranjeras, - el cual establece un tribunal permanente de Conciliación y Arbitraje que faculta a la parte no estatal a acudir en reclamación con exclusión de cualquier - otro recurso (art. 26), y sin perjuicio de que cada Estado contratante pueda exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales como/ condición previa a la sumisión al arbitraje conforme al citado convenio. No - obstante ningún Estado contratante (art. 27), concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que, uno de sus nacionales y otro Estado contratante, hayan consentido sómeter o hayan sometido al arbitraje, conforme al presente convenio, salvo que este último

Estado contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o hay dejado de cumplirlo.

A los efectos de este artículo continúa el paragrafo 2- no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la controversia.

CAPITULO TERCERO : EL CONSENTIMIENTO .

1. CONCEPTO

160. Nuestro Código Civil establece en el art. 1261 que no hay contrato sino — cuando " concurren los requisitos siguientes :

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

Vamos a continuación a estudiar cada uno de estos presupuesto.

161. En un sentido vulgar, consentimiento es la acción de consentir y consentir/ es permitir o tolerar, es decir, dar la aquiescencia o la aprobación a algo. En otro sentido, consentir (CUM-SENTIRE) puede considerarse como el común senti— miento o la voluntad común. En rigor, cuando se habla de consentimiento contra— ctual hay que mantener separados los siguientes fenómenos .

- a). La voluntad interna, individual de cada contratante en la que puede valorar— se el simple querer y el propósito empírico que guía a la voluntad.
- b). La declaración que el contratante emite y a través de la cual su voluntad es conocida tanto por el otro contratante como por las demás personas.
- c). Lo que puede llamarse la voluntad o intención común, es decir, aquella zona/ donde las dos declaraciones coinciden pues es evidente que el contrato supone — esa zona de coincidencia. Si las declaraciones no se cruzasen habría diseño o — desacuerdo, pero no contrato (1).

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO-GULLON, op. cit. ..., pág. 41.

2. FORMACION DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA.

162. Con la expresión "formación de la cláusula compromisoria " se comprenden —

los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un/ contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

Es práctica corriente una formación instantánea del contrato. Una parte acepta simplemente la propuesta que el otro le hace, existiendo entonces eses/ concurso de la oferta y aceptación que exige el art. 1262 del Código Civil para - la perfección del contrato, lo mismo que cuando acepta expresa o tácitamente las/ condiciones generales de la empresa con la que contrata, predispuestas ya sin posibilidad de discusión o modificación.

163. En consecuencia el procedimiento normal de celebración de una cláusula com- promisorio es por concurrencia de una oferta y de una aceptación.

Definimos la oferta como una declaración de voluntad emitida por una/ persona y dirigida a otra proponiendo la celebración de un determinado contrato,- en este caso el pacto compromisorio.

Para que exista oferta es preciso que la declaración contenga todos - los elementos necesarios para la existencia del contrato arbitral y que esté des- tinada a integrarse en el contrato de tal manera que, en caso de recaer aceptación el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación.

En el caso la cláusula compromisorio convencional ad hoc esta oferta/ debe contener todos los elementos que permitirán la creación del proceso arbitral. Por la aceptación el oferente queda vinculado, lo mismo que el aceptante y el con- trato es perfecto sin necesidad de ningún otro acto.

164. La aceptación es la declaración de voluntad que emite el destinatario de una/ oferta aceptándola.

Es necesario que la aceptación coincida con los términos de la oferta/ exactamente y que se haga tempestivamente, es decir, mientras la oferta no ha cau- cado. Además debe constar una voluntad de quedar obligado por la aceptación, por lo que no existirá ésta si se hace a reserva de una posterior representación de consen- timiento más meditado .

165. La cláusula compromisorio no siempre se forma con la presencia simultánea de las partes. Sucede frecuentemente que las mismas se encuentran en lugar diverso y/

se sirven, en lugar de auxiliares o representantes, de otros medios para comunicarse. Por tanto la oferta y la aceptación tienen realidad en momentos sucesivos.

Por ejemplo el contrato arbitral queda perfeccionado cuando el comprador al recibir la factura, carta u otro documento privado que le remita el vendedor, declara expresamente que acepta las condiciones o cláusulas del contrato o negocio base sustantivo y una de esas cláusulas es la sumisión a la jurisdicción arbitral.

Tal asentimiento, reconocimiento, o autorización expresa puede tener lugar por medio de otro documento, por ejemplo, una carta suscrita por el destinatario de la oferta, o por la inserción de la firma o sello en el documento originario, acreditando su recepción o conformidad.

Otras veces será el propio comprador el que en su nota de pedido designe el tribunal Arbitral y la aceptación por parte del vendedor podrá venir expresada por idénticos medios : carta declarando que procede al envío, firma o sello estampado en el duplicado de la orden de pedido, etc.

166. ¿Cuáles son los efectos de la perfección de la cláusula compromisoria? - El nacimiento para las partes de la obligación de someterse a la jurisdicción arbitral, mediante la designación del tribunal Arbitral.

Esto se hace de modo indirecto, si se trata del contrato preliminar de arbitraje de la ley de 22 de Diciembre de 1. 953, a través del contrato de compromiso; y directamente, si se trata de la cláusula compromisoria convencional.

Dicho con otras palabras, la perfección de la convención arbitral hace nacer para las partes de un negocio la obligación de demandar y ser demandados ante el tribunal Arbitral que hayan designado .

3. CUESTIONES REFERENTES A LA FORMACION DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

167. FIRMA

Es conveniente que mediante la firma se manifieste la voluntad de someterse a la jurisdicción arbitral.

Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina (1) " cuando ha dicho que la mayor manera de favorecer el arbitraje es sustentarlo sobre bases sólidas. No se puede tener ninguna duda sobre la perfección de la cláusula — compromisoria por medio de la cual las partes han convenido someter una controversia a un Tribunal Arbitral.

Una de las debilidades del arbitraje ~~se dice~~ ^{que} consiste, en el deseo de favorecerlo, se admiten demasiado literalmente convenciones muy discutibles. Por ejemplo, la convención arbitral no puede ser fruto de un silencio guardado por una parte contratante frente a la declaración unilateral hecha — por su contratante; e incluso en el plano internacional no puede derivarse — del uso de una profesión .

El mejor un control previo de la cláusula .

El arbitraje no debe introducirse en las relaciones entre las partes a hurtadillas, de forma más o menos clandestina, con el pretexto de que a las partes no les gusta pensar en futuras dificultades. Es normal que su atención y su interés se centren principalmente en otras cuestiones, en los temas propiamente comerciales y técnicos del contrato. Pero no es necesario ser un jurista para darse cuenta que el comercio puede dar lugar a procesos; por eso, los comerciantes deben tener plena conciencia ~~que~~ en sus contratos hay una — cláusula compromisoria previendo un proceso arbitral. Si no se dan plena cuenta de esto, poco éxito tendrá el arbitraje futuro, ya que en realidad, los — contratantes no han consentido plenamente. Por consiguiente, lo esencial es — asegurarse que el consentimiento ha sido querido efectivamente. Y desde luego tiene esto mucha más importancia que los vicios del consentimiento o los problemas de capacidad, ya que normalmente los contratos comerciales se concluyen por personas expertas que apenas tienen necesidad de la protección de la ley".

NOTAS

(1) DAVID , Principios directores de la legislación en materia de arbitraje comercial internacional, Revue de L'Arbitrage , 1969 págs. 254 y ss.

168. Esta posición doctrinal se refleja en el Auto del Tribunal Supremo de 20/ Octubre de 1970.

"Resultando: que por el Procurador D. Saturnino Esteves Rodriguez en representación de la Compañía X italiana se solicitó mediante escrito ante esta sala el cumplimiento del laudo arbitral dictado en Londres con fecha 11 de Agosto de 1966 contra la entidad mercantil Compañía Insular de Comercio S.L. la cual fue emplazada — presentando escrito en el que alega que se opone a lo solicitado por la Entidad contraria negando fehaciencia y autenticidad a la citación y notificación alegadas de contrario de dicho laudo, por el cual el mismo carecía de valor, que entre una y otra parte se otorgó póliza de fletamiento, firmado por esta, sin que ellas firmasen los anexos que aparecen unidos a la misma, y por tanto carecen de toda eficacia, agregando que no ha tenido en tiempo oportuno, conocimiento del procedimiento de arbitraje para hacer valer sus derechos, por lo que termina solicitando que se deniegue el — cumplimiento en España al laudo referido, evacuado informe por el Ministerio Fiscal este se opone igualmente a que sea concedido el exequatur para el cumplimiento en España, que se pretende en el — escrito inicial de estas actuaciones, basándose especialmente en la falta de firma de los anexos unidos a la póliza de fletamiento que es donde únicamente se alude al arbitraje con la escueta expresión que tendría lugar en Londres y que aún supuesto dicha cláusula, carecería de eficacia por significar únicamente el lugar — geográfico en que el arbitraje tendría lugar razones por lo que — teniendo en cuenta lo prevenido en el art. 22 del Convenio Internacional de 26 de Septiembre de 1927 así como lo dispuesto por la ley española de arbitraje de Derecho privado de 22 de Diciembre — de 1953 procede denegar lo solicitado en el escrito inicial de estas actuaciones.

Considerando: que como acertadamente se puntualiza en el dictamen del Ministerio Fiscal, la póliza de fletamiento otorgada entre In

sular de Comercio, S.L., con fecha 20 de Septiembre de 1934 que se refiere a un contrato de transportes desde el puerto búlgaro de -- Varna al puerto español de Palma de Gran Canaria, no contiene en -- su texto cláusula alguna de someter las cuestiones que surjan con ocasión de dicho transporte, al arbitraje, y si bien a continuación del texto de la póliza aparece mecanografiada una línea que dice -- que las cláusulas 16 a 26 adjuntas forman parte de este contrato, -- es lo cierto que el anexo en que se contienen han sido firmadas por ninguna de las partes contratante y para que sea eficaz frente a -- los mismos, requieren dicha firma conforme a los arts. 1116 y 1256/ del Código Civil español, lo cual les desposee de todo valor por -- no constar fehacientemente la conformidad de la Compañía española -- con dichas cláusulas, y aún en el supuesto de que fuere válida la/ misma, ella expresa únicamente que tendría lugar en Londres sin ex -- presar las cuestiones que se someterían al arbitraje ni la forma -- de designación de los árbitros, en su caso, razones por las que de conformidad al art. 2º. del Convenio de 20 de Septiembre 1.º/27 y -- art. 22. de la ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1º de Diciem -- bre de 1.933, procede de conformidad con el dictamen del Ministe -- rio Fiscal, denegar el exequatur solicitado para el cumplimiento -- en España del laudo arbitral a que se refiere al escrito inicial -- de estas actuaciones."

169. La jurisprudencia española refiriéndose a la cláusula de sumisión ha establecido una casuística que se aplica a la cláusula compromisoria; y cuya -- orientación es la misma que está siendo señalada. Así ha declarado que cuando la cláusula figura en el dorso de una factura que expide el vendedor y el -- comprador sólo firma el anverso y en éste nada se alude al reverso, en tales/ casos, no se puede reputar que exista aceptación, pues la firma en tal documen -- to solo atestigua de manera expresa su conformidad o consentimiento con las -- cláusulas o manifestaciones que a dicha firma preceden, sin que tal/

conformidad, por tanto, pueda extenderse, a efectos de sumisión a las condiciones adicionales impresas en el reverso o en hoja aparte (1).

NOTAS

(1) Estaremos entonces en presencia de un caso de consentimiento unilateral, — que como ha dicho la jurisprudencia no es suficiente, Así lo declaró la — St. de 24 de Abril de 1.943.

170. Ahora bien, si en el dorso de un contrato o en un documento independiente, por ejemplo, un reglamento, o unos estatutos o en el propio Boletín Oficial del Estado o cualquier otro que le sirva de anexo aparece la cláusula, y la firma se consigna en el anverso, pero en este se inserta la frase "quedo — enterado y conforme con las condiciones que figuran en el reverso" u otra semejante, se entiende que el consentimiento ha quedado perfeccionado en lo referente a la sumisión (1).

NOTAS

(1) Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de Abril de 1.915.

171. Es decir, el consentimiento será válido y la sumisión eficaz, siempre — que concurriendo los demás presupuestos, los contratantes constanten que concen y aceptan las cláusulas que designa el tribunal Arbitral, porque el reverso o el documento o que haga referencia el contrato forma parte de él (1).

La razón no es otra sino la de que la firma al pie de la factura, boletín de — pedido, contrato, póliza, etc. es suficiente para estimar que hubo aceptación expresa del tribunal designado para conocer de la cuestión litigiosa a que el negocio de lugar (2).

NOTAS

(1) Sentencia de 13 de Junio de 1.892.

(2) Sentencia de 21 de Enero de 1.947.

172. No obsta tampoco que la cláusula esté al margen del documento que se suscribe con tal que todo él se encuentre amparado por la firma de la parte a — quien afecte (1). Incluso el hecho de aparecer la cláusula después de la firma de los contratantes no obsta a su validez, si su inserción se halla tan inmediata a la firma que ésta alcanza en sus trazos la misma cláusula (2).

Otras veces, la aceptación resulta expresa no por venir firmado el documento, como en los casos anteriores, sino por la sola inserción del sello/comercial (3), o por la impresión digital averada por testigos (4) u otros medios (5).

NOTAS

- (1) Sentencia del TS de 11 de Junio de 1.948
 - (2) Sentencia del TS de 10 de Diciembre de 1.965
 - (3) Sentencia del TS de 30 de Diciembre de 1.948
 - (4) Sentencia del TS de 20 de Junio de 1.947
 - (5) Se trata del equivalente de la suscripción. La aposición del signo de la cruz o de otro signo cualquiera al pie del documento por parte de quien no pueda o no sepa hacer el signo normal equivale completamente a la suscripción. La misma significación puede prestarse a la impresión de un timbre/ o sello, aunque éste puede servir a fines diversos de la declaración del autor (cierre del documento)
173. Algún autor (1) llega a decir que no puede haber aceptación tácita en la conclusión de la convención arbitral incluso si la aceptación tácita es posible para el contrato principal, o si la parte que no ha firmado la convención/ de arbitraje ha ejecutado el contrato principal.

NOTAS

- (1) FOUSTOUCOS, L'Arbitrage ..., op. cit. pág. 68.
174. En la práctica comercial, sin embargo, la aceptación expresa de la cláusula compromisoria es menos usual que la aceptación tácita.

Las relaciones comerciales no exigen, como en los contratos civiles estipulaciones formales y precisas. Las convenciones comerciales son frecuentes y rápidas, la mayor parte de las cuales se hacen verbalmente, y tan solo con posterioridad, se exteriorizan en documentos tales como albaranes, recibos, factura, etc., sobre todo cuando el pago no se hace al contado o en el momento de la entrega de la cosa. La aceptación expresa se hace difícil, salvo que en tales documentos se inserta la firma, como hemos visto anteriormente. Se estima, por lo general, que la conclusión de la venta equivale a la aceptación tácita de las cláusulas o usos mercantiles y el mero hecho de acusar la recepción de las facturas, se considera como aceptación de todas las cláusulas/ entre ellas la cláusula compromisoria- cuya impugnación no se reclame (1). Esto es, no es necesario pronunciarse sobre todas y cada una de las cláusulas o

estipulaciones contractuales que sean expresión de un negocio realizado anteriormente de forma verbal, sino que basta con que no se impugne ninguna para/ que se entiendan aceptadas todas. Cuando ello sucede puede haber tenido lugar la aceptación tácita la cláusula compromisoria.

NOTAS

(1) Sentencia del TS de 10 de Junio de 1.920. La sentencia de 16 de Junio de/ 1.968 ha declarado, en cambio que la nota de recepción de las mercancías/ no supone que la sumisi'on que había de ser aceptada de forma precisa lo/ fuese por este simple hecho.

175. Existe también aceptación por el hecho de haber recibido una parte una - factura en la que consta la cláusula y haber satisfecho a cuenta varias canci- dades sin hacer reserva protesta, ni oposición alguna (1) o el no impugnar la factura al recibir el género facturado (2) o cuando sin haber autorizado con/ su firma el demandado la factura se evidencia la realidad del contrato por la carta pedida autorizada que denota asentimiento a las modalidades de la ven- ta (3) o la circunstancia de utilizar ambas partes documentos iguales, si bien ninguna de las copias aparece firmada (4).

NOTAS

- (1) Sentencia del TS 25 Marzo de 1.919
- (2) Sentencia del TS 21 Febrero de 1.920
- (3) Sentencia del TS 5 Octubre de 1.935.
- (4) Sentencia del TS 15 Noviembre de 1.943.

176. Del mismo parecer es la sentencia de 6 de Febrero de 1.962, la cual refi- riéndose a un convenio de acreedores, declara que :

"El contrato preliminar, en el caso de autos, resulta perfecciona- do mediante una proposición de convenio de acreedores formulada - por la propia entidad recurrente y aprobada en la oportuna junta y luego judicialmente a través de la sustanciación de los oportu- nos recursos judiciales de impugnación que fueron desestimados, - con cuyo convenio forma la cláusula compromisoria un todo y apro- bado como ha sido legalmente aquel, es fuente de obligar tanto pa- ra la entidad deudora como para los acreedores u obligacionistas/ que queden vinculados al mismo, consecuencia de su aprobación".

177. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{re} Chambre Supp) de 7 de Junio de 1.955 declara que :

"La ejecución del contrato, sin ninguna reserva, equivale a la -
aceptación de la cláusula compromisoria que está incluida en él/
y que constituye parte integrante e indivisible."

178. Cqso especial son las sociedades. Se ha considerado (1) que la cláusula/compromisoria, pueda ser introducida en orden a las controversias entre so--
ciedades y socios o también entre socios y socios, en el estatuto de una so--
ciedad mercantil anexo al acto constitutivo o en el estatuto de una asocia--
ción con efecto también para los socios o asociados que vengan sucesivamente/
a formar parte del nexo asociativo.

NOTAS

(1) Casación italiana, 24 de Septiembre de 1.954 Tribunal de Verona, 10 de --
Abril de 1.954. En la doctrina, CARNELUTTI, Revista de Derecho Procesal -
(Italiano) 1.956, II pág. 137.

MARROSU, Glurispr. ital. ..., 1.955, I, 2, pág. 802.

ASCARELLI, Riv. Dir. Comm, 1.942, II, 36

ROLLA, Giurisp. Ital. , 1.942, I, 1 pág. 132.

179. El art. II.2. de la Convención de Nueva York declara que "el acuerdo por
escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un com--
promiso firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas"

De este artículo se desprende fácilmente el rechazo de la Conven -
ción a la aceptación tácita de un acuerdo arbitral.

Una propuesta de P. Sanders (1), como miembro de la Delegación ho-
landesa, en el sentido, de añadir al art. II.2. la precisión de que también se
consideraría como acuerdo por escrito "la confirmación escrita dada por una de
las partes y no contestada por la otra", fue desestimada tras ser combatida --
por el Delegado soviético.

Ahora bien, la jurisprudencia de varios países ha interpretado en/
sentido amplio este artículo, admitiendo la aceptación tácita (2)

NOTAS

(1) REMIRO, Ejecución, op. cit., pág. 71

(2) MEZGER, Acerca del consentimiento en materia "d'electro iuria", y de cláu--

sula compromisoria, Revista crítica de Derecho Internacional, 1.971 págs. 2.761.

180. Sin embargo el art. 1.2. a) del Convenio de Ginebra admite plenamente la posibilidad de la aceptación tácita (1). Dice que " a los fines de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por:

- A) Acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso separado - firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

NOTAS

(1) FOUCHARD, L'Arbitrage ..., op. cit. pág. 83.

181. Silencio de las partes. Como un especial supuesto de aceptación tácita/aparece el problema del silencio de las partes, al cual no sigue ninguna exteriorización de voluntad. Tales casos pueden constiuir, sin embargo, supuestos de cláusula compromisoria porque el destinatario estima que no es necesario manifestar su voluntad al remitante cuya propuesta considera válida y correcta, pero podría pensarse lo contrario, que el silencio es desinterés o ignorancia.

La doctrina ha afirmado que el silencio en algunas ocasiones tiene, la misma significación que una declaración jurídica. La jurisprudencia, sin embargo no es tan categórica al respecto y por ello ha declarado que :

"El delicado y tan discutido valor jurídico de las abstenciones/ ha de ser enjuiciado con gran cautela, ya que en principio el silencio por su propia naturaleza de hecho negativo, no puede ser estimado como expresivo de una voluntad, pero si se acepta (por la gran difusión que ha tenido y todavía conserva el antiguo -- punto de vista de que el silencio vale como declaración cuando/ dada una determinada relación entre dos personas el modo corrien

sula compromisoria, Revista crítica de Derecho Internacional, 1.721 págs. 2.761.

180. Sin embargo el art. 1.2. a) del Convenio de Ginebra admite plenamente la posibilidad de la aceptación tácita (1). Dice que " a los fines de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por:

A) Acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso separado - firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

NOTAS

(1) FOUCHARD, L'Arbitrage ..., op. cit. pág. 83.

181. Silencio de las partes. Como un especial supuesto de aceptación tácita/aparece el problema del silencio de las partes, al cual no sigue ninguna exteriorización de voluntad. Tales casos pueden constituir, sin embargo, supuestos de cláusula compromisoria porque el destinatario estima que no es necesario manifestar su voluntad al remitante cuya propuesta considera válida y correcta, pero podría pensarse lo contrario, que el silencio es desinterés o ignorancia.

La doctrina ha afirmado que el silencio en algunas ocasiones tiene, la misma significación que una declaración jurídica. La jurisprudencia, sin embargo no es tan categórica al respecto y por ello ha declarado que :

"El delicado y tan discutido valor jurídico de las abstenciones/ ha de ser enjuiciado con gran cautela, ya que en principio el silencio por su propia naturaleza de hecho negativo, no puede ser estimado como expresivo de una voluntad, pero si se acepta (por la gran difusión que ha tenido y todavía conserva al antiguo -- punto de vista de que el silencio vale como declaración cuando/ dada una determinada relación entre dos personas el modo corrien

te de proceder implica el deber de hablar ya que si el que puede y debe hablar no lo hace se ha de reputar que consiente en aras de - la buena fé), serán necesarias para la estimación del silencio como expresión del consentimiento estas dos condiciones: una que el/ que calle "pueda contradecir", lo cual presupone ante todo, que — hay posibilidad de protesta (elemento subjetivo), y otra que el/ que calle tuviera "obligación de contestar" o cuando menos fuese — natural y normal que manifestase su disenso, si no quería — aprobar los hechos y propuestas de la otra parte (elemento objeti vo)" (1)

NOTAS

(1) Sentencia del 24 Noviembre 1.943, cuya doctrina según POLO, Jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo RDP 1.944, pág. 663 es un modelo de ponderación y prudencia que no impide sin embargo, a los tribunales conceder al — silencio en determinados casos el valor de una clara manifestación de voluntad .

182. La doctrina jurisprudencial declaró que la aceptación por el comprador de una factura remitida por el vendedor en que por nota impresa se decía que éste/ se sujetaría a la jurisdicción arbitral no es más que una declaración unilateral que requiere la aceptación del comprador para poder estimar que este efectivamente se sometió también a la citada jurisdicción, aceptación que no va im plicita en el silencio o no impugnación de la nota al acusar recibo de la factu ra (1)

NOTAS

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 Marzo de 1.943.

183. En general la doctrina y la jurisprudencia extranjera son favorables al — silencio como expresión del consentimiento (1).

En la práctica internacional los árbitros que tienen que decidir — sobre la realidad de una convención arbitral, recogen la tesis de la acepta— ción tácita. Así se ha dicho que : "Se debe presumir que el firmante de un con trato comercial que hace referencia a condiciones generales o a otro documento conoce estas condiciones o el documento, y por tanto los ha aceptado con su —

firma ...La ignorancia de una regla tan elemental pudiendo difícilmente ser achacada a hombres de negocios con alguna experiencia ..."

Esta decisión arbitral, por tanto considera que el silencio de las partes con respecto a aquellas condiciones generales equivale a una declaración de voluntad.

NOTAS

(1) DAHN, La venta comercial internacional, Prefacio de B. Goldman, París 1.961, págs. 71 y ss.

184. La Cour de Cassation (Ch. Com.), arrêt de 17 de Octubre de 1.964 ha manifestado que :

"La no impugnación de una cláusula contenida en el acto confirmativo de un contrato comercial y la ejecución del contrato equivale a una aceptación tácita".

L'arrêt del Tribunal de Grande Instance de París (1^{ere} de) 7 de Marzo de 1.968/ declara que :

"La factura enviada por el vendedor no tiene más que el valor de un documento unilateral, mientras que la confirmación que emana de un corredor mandatario común de las partes, constituye cuando es expresa o tácitamente aprobada, la convención de las partes. Por consiguiente la cláusula compromisoria contenida en la confirmación debe recibir aplicación aunque una factura, con fecha del mismo día contenga una cláusula atributiva de competencia en favor de un tribunal de comercio."

L'arrêt de la COUR D'APPEL (1^{re} Ch., sect. suppl.) de 9 de Marzo de 1.972 dice que :

"El consentimiento de las partes para concluir un acuerdo compromisorio , no está sometido a ninguna forma particular y la prueba de la misma es libre por aplicación de art. 109 del código de Comercio. La aceptación de una de las partes puede ser tácita y resultar de la ausencia de protesta de la recepción de un documento del otro contratante (o de su mandatario), conteniendo una cláusula de arbitraje ".

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{ere} D. Suppl.) de 14 de Enero de 1.975 sostuvo que :

"Sí, sin impugnación posible, unas facturas han sido recibidas por/ un comprador antes de la demanda de arbitraje, la ausencia de protestas o de reservas, en cuanto a la cláusula que se encontraba inserta en la correspondencia del vendedor, basta para demostrar la existencia de un acuerdo sobre atribución de competencia a la/ jurisdicción arbitral en caso de litigio, cuya naturaleza y objeto son determinados por la correspondencia cambiada entre las partes, y que no ha dado lugar a la introducción de una instancia en cuanto al fondo delante de una jurisdicción estatal".

Es decir, después de haber minuciosamente analizado los hechos, la Cour d'appel estima que el comprador, que no proteste ni haga impugnaciones a/ la recepción de factura conteniendo, una cláusula compromisoria en favor de la cámara Arbitral de París, ha aceptado tácitamente dicha cláusula.

Comentando esta sentencia (1), se ha dicho que ya es regla fija de la jurisprudencia no exigir un acuerdo expreso y especial de las partes para concluir la cláusula compromisoria.

Esta regla está conforme, si no a todos los Derechos extranjeros (así el Código Civil italiano sobre todo, con excepción de las sociedades como ya hemos visto, exige un consentimiento especial), al menos con la inmensa mayoría y con la práctica internacional.

NOTAS

(1) FOUCHARD, Nota a la Sentencia de 14 de Enero de 1.975, Revue de L'Arb., — 1.975, págs. 37.

185. Ciertó sector doctrinal (1) opina que "estos casos de absoluto silencio no contrastables con ninguna otra manifestación de voluntad de la que pudiera/ derivarse una aceptación tácita, no se puede reputar verificado el consentimiento, sino que este por lo menos a los efectos de la cláusula es inexistente. La/ determinación del Tribunal Arbitral debe ser objeto de un acuerdo formal de voluntades y por tanto no se puede deducir del silencio del comprador la aceptación de propuesta de competencia hecha por el vendedor, Si en el Derecho Mercan

til la naturaleza de su tráfico impone que se den por realizados determinados pactos y usos sociales y constituyan éstos unos subrogados de la voluntad, en el Derecho Procesal, la cláusula compromisoria, aunque vaya inserta en un contrato mercantil, no será nunca un pacto de esta naturaleza y menos podrá otorgársele el valor de un uso social a la sumisión a una jurisdicción arbitral - impuesta al comprador por el vendedor, si no ha habido una aceptación expresa o al menos manifiestamente tácita, ya que de otro modo, aquella propuesta no constituirá más que una declaración de voluntad unilateral, que de ninguna manera podrá configurar el contrato procesal de sumisión arbitral (2). En tales casos habrá habido ausencia de aceptación y lo serán todos aquellos en que la factura o la copia de la factura no resulta suscrita ni aceptada por el comprador demandado o por supuesto causante, máxime si el propio demandado niega haberla aceptado porque no se la remitió.

Por tanto, en los casos en que la sumisión arbitral no sea producto de un consentimiento manifiestamente bilateral, no podría considerársele válida por inexistencia del acuerdo".

NOTAS

- (1) PELAEZ, La competencia..., op. cit., pág. 232.
- (2) La jurisprudencia francesa, respecto de la cláusula de sumisión expresa, distingue respecto de la fijación unilateral de la competencia entre cláusulas civiles y cláusulas comerciales y admite que en materia civil no cabe inducir el consentimiento del silencio del comprador y la inserción de las cláusulas en las cartas de ratificación con posterioridad a la conclusión del contrato. En materia comercial, declara así mismo, que las cláusulas marginales contenidas en las facturas no pueden considerarse como - tácitamente aceptadas por el solo hecho de que la otra parte no haya realizado contra ellas protesta alguna. La jurisprudencia, pues, se muestra protectora de los intereses del comprador. Sin embargo, son numerosas las decisiones que admiten la validez no solo de las cláusulas posteriores a la conclusión de un negocio, sino también la aceptación del destinatario - cuando no las haya protestado expresamente. Ante esta dualidad, la doctrina opina que la solución más conforme a los intereses del comercio es que la aceptación se presume hecha siempre que el comprador no proteste la cláusula, de igual manera que acepta cualquier otra indicación de la factura cuando no la protesta.

186. Mi opinión es plenamente coincidente con la del sector doctrina que acaba ser expuesta, aunque no por los motivos que aduce, que son más bien de carácter formal.

El silencio de las partes no constituye una manifestación de voluntad porque estas tienen que querer de manera previamente consciente el arbitraje que están previendo al insertar en su contrato la cláusula compromisoria. Si no lo lucieren así, es muy fácil que en el futuro, la parte que no se ha dado plena cuenta, se niegue a poner en marcha el proceso arbitral.

187. Contrato que dependen unos de otros.

La jurisprudencia española, en Sentencia de 19 de Febrero de 1.957, ha tratado este problema.

"Analizada en primer lugar la excepción de incompetencia alegada por el demandado, por estimar que ambas partes se comprometieron a que se resolvieran sus diferencias ante dos amigables compondores, - es lo cierto que tal pacto está realizado para resolver cualquier omisión o diferencia que surgiera en la interpretación o ejecución de las cláusulas a que se refiere el documento privado de 20 de diciembre de 1.942, pero no para las cuestiones derivadas del documento privado de 24 de Julio de 1.943, que sólo refleja un préstamo con interés y para poder apoyarse como excepción de incompetencia de jurisdicción en el caso de autos hubiera sido preciso que la parte demandada que excepciona, hubiera probado en cumplimiento del requisito del art. 1214 CC que el citado préstamo fuera un negocio jurídico derivado o en estrecha relación con aquellos otros - actos en donde consta esta pacto de compromiso".

188. La misma doctrina se desprende del arrêt de la Cour d'appel Paris (3^{er} Ch) de 9 de Febrero de 1.963, el cual sostiene que :

"Cuando las partes están ligadas por una cláusula compromisoria por la cual los desacuerdos que se originasen en la interpretación de un contrato de construcción naval durante la ejecución del mismo serían resueltos por arbitraje y habiendo concluido las partes en el

mismo día un segundo contrato que depende estrechamente del primero en cuanto a su ejecución, la cláusula compromisoria inserta en el primer contrato se aplica también al segundo".

En estos dos casos, la jurisprudencia ha extendido objetivamente el ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria, sin contar para nada con la aceptación de los contratos y ello a pesar de la teoría tradicional, según la cual el contrato arbitral constituye una derogación excepcional de jurisdicción ordinaria y por tanto debe ser interpretado restrictivamente.

189. Aceptación de la cláusula compromisoria en el conjunto de relaciones jurídicas continuadas entre las partes.

Como un aspecto de la aceptación tácita se encuentra la cuestión de la repetición contractual en masa propia del Derecho Mercantil.

La frecuencia de los contratos de este tipo impulsa a la inserción de las mismas cláusulas o pactos y en consecuencia a prescindir de las cláusulas y usos más comunes, porque comerciantes, "tienen dentro sus contratos a conseguir la mayor brevedad posible e incluso por una especie de inercia contractual a omitir las cláusulas que puedan considerarse como sobreentendidas." (1).

La repetición expresa de una misma cláusula significa tanto como/ una cierta desconfianza hacia la otra parte contratante. De aquí se deriva — que en numerosos casos, la cláusula compromisoria no venga reiterada bien porque en el contrato base o primero en el tiempo se hace constar que se prolonga su vida a los contratos que se realicen con posterioridad, bien porque en estos se remite a la cláusula pactada en otros anteriores, bien porque se presume que se ha tenido conocimiento de las condiciones de venta, entre las que/ se inserta la cláusula compromisoria, o bien porque aquellos coinciden con — otros documentos complementarios o de igual valor en que se incluye dicha su- misión (2).

NOTAS

- (1) Véase GARRIGUES, los usos de comercio R.D.Pr., 1.944, pág. 844, "Este hábito, sin embargo, no alcanza al comprador no comerciante, pues por lo general este no tiene conocimiento de los usos que rigen en el comercio, por lo que no podrá reputarse como aceptación tácita el hecho de no impugnar/

o no contestar a la carta del vendedor o a la factura recibida con posterioridad al contrato en la que nada se indique respecto de la competencia. En tales casos los tribunales deben proteger la libertad del comprador y exigir la aceptación expresa, ya que la ignorancia de una parte no se puede sanar con la omisión de una conducta o de una declaración de voluntad no obligada."

- (2) Cuando entre dos comerciantes se repiten a lo largo del tiempo, los mismos contratos, parece que existe un acuerdo tácito entre ellos de sometimiento a las antiguas cláusulas y la buena fe exige entonces que si se quiere modificar las antiguas cláusulas sea menester decirlo expresamente (GARRIGES , Los usos de comercio, op. cit. pág. 824). La jurisprudencia francesa relativa a la cláusula de sumisión ha declarado por ello que la referencia a un reglamento profesional conteniendo disposiciones relativas a la competencia no es eficaz más que cuando todas las partes tienen conocimiento de su contenido, condición que raramente se cumplirá si uno de los interesados es extraño a la profesión regida por el reglamento. La jurisprudencia española declaró que "la hoja de pedido en la que se consigna impresa la expresión "con las condiciones de venta que el vendedor estima" aunque estuviera suscrita y reconocida no podría reputarse sumisión a la jurisdicción arbitral". En contra se ha manifestado que "la factura no firmada por el comprador si coincide con dos albaranes que a la misma se refieren y éstos aparecen firmados permite deducir que se tuvo presente al contratar la cláusula compromisoria inserta en ellos, pues en la factura estaba impresa y en los albaranes fijada como tampón ". Ver Sts. de 30 de Enero de 1.945 y 5 de Julio de 1969

190. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 14 de Febrero de 1.970 sostuvo que :

"Cuando existe entre las partes una corriente abundante de operaciones comerciales conteniendo todas una cláusula compromisoria, ésta debe recibir aplicación cuando se encuentren en litigio, entre las mismas personas, ciertas operaciones comerciales y se impugna la existencia de la misma por no constar en escrito".

191. Comentando este arrêt, la doctrina (1) ha escrito que la solución dada por la jurisprudencia refuerza muy felizmente, la tendencia liberal de la misma en cuanto a la existencia y la prueba de la cláusula compromisoria.

Así, cuando los contratos sucesivos de venta son concluidos entre las mismas partes estipulando habitualmente el reenvío de los litigios al arbitraje de un organismo corporativo determinado, es lícito extrapolar la existencia de la misma cláusula en contratos posteriores que por diversas circunstancias no ha podido ser materializada por escrito.

NOTAS

(1) ROBERT, NOTA sobre L'arrêt de 14 de Febrero de 1920, Rev. Arb., 1.970 pág. 158.

192. La doctrina contenida en dos sentencias que se acaban de examinar, se fundamenta en el arrêt de la Cour de París de 13 de Junio de 1.963 :

"La repetición constante de una misma cláusula durante más de 10/ años con ocasión de cada asunto tratado en el ámbito de un mismo acuerdo, le da, suponiendo que no lo tenga, desde el origen, un carácter general que hace que se inscriba normalmente en el conjunto de las relaciones contractuales de las partes; que decidir de otra manera sería en primer lugar hacer una interpretación estricta inconciliable con el liberalismo necesario para el desarrollo de la vida comercial, y en segundo lugar, sería desconocer la intención evidente de las partes "

NOTAS

(1) Estas dos ideas (liberalismo necesario para el desarrollo de la vida comercial y la búsqueda de la voluntad real de las partes incluso cuando falta la expresión escrita) son las que habían suscitado la jurisprudencia que, en materia de sociedades, y considerando que el recurso al arbitraje constituye una operación normal del comercio, admite que los mandatarios sociales capaces de obligar a la sociedad con sus actos, encuentran normalmente en el mandato general que les ha sido dado de administrar la sociedad un poder suficiente, sin que tengan necesidad de uno especial, para obligar a la sociedad por una convención arbitral referente a un objeto de la empresa que entre en la actividad general

193. Condiciones generales

Se denominan condiciones general al ~~clausulado~~ clausulado general que el empresario tiene preparado para que sirva para regir todos los futuros contratos que realice. Estas, "condiciones generales" se insertan por tanto, en esos contratos y tienen una aplicación en un círculo amplio de relaciones (todas las que surjan con motivo de los contratos que se realizan entre el empresario y sus clientes) de forma que puede decirse que en ellas se contienen unas normas que se aplican a un grupo de personas. Sociológicamente, las condiciones generales/

funcionan en el tráfico como si fueran fuente de Derecho.

De las clasificaciones de las condiciones generales quizá la más relevante a los efectos del Derecho es la que distingue entre condiciones generales establecidas por un solo empresario y las condiciones generales impuestas por un grupo o asociación de empresarios. Algunos autores, queriéndose referir a esta distinción, hablan de condiciones generales de los contratos en particular y condiciones generales de la contratación en general.

Esta distinción es relevante en cuanto que mientras con las condiciones generales de un solo empresario se establece una disciplina que afecta únicamente al círculo de clientes que comprende su actividad con las condiciones generales impuestas por un grupo o asociación de empresarios se llega a dominar un sector.

NOTAS

(1) SANCHEZ CALERO, Instituciones, op. cit. pág. 34.

194. El fundamento (1) de las mismas se encuentra en que la empresa ha de planificar, con la antelación suficiente, cual ha de ser su producción; para ello no cabe que cada contrato tenga contenido y condiciones distintas, a discutir en cada caso; se impone la necesidad de simplificar la contratación. A tal fin, — las asesorías jurídicas de las empresas elaboran contratos tipos o modelos y establecen en ellos condiciones generales para la contratación.

Por semejantes razones de racionalización y previsibilidad se estima imprescindible el evitar litigios, lo que se procura mediante las cláusulas de no responsabilidad y las cláusulas de arbitraje.

NOTAS

(1) CASTRO, El Arbitraje, op. cit., pág. 665 .

195. La naturaleza jurídica de las condiciones generales es ampliamente discutida por la doctrina. Dentro de ella aparecen dos posiciones contrapuestas; la — "concepción normativa" de las condiciones generales que estima que estas son una verdadera fuente de Derecho objetivo y la "concepción contractual" para la que, en definitiva las condiciones generales solo son fruto de la autonomía de la voluntad de los particulares.

A nuestro entender, no puede hablarse de las condiciones generales como una nueva fuente del Derecho. Las condiciones generales, cuando obtienen/ una gran difusión en el tráfico y son aceptadas durante un cierto tiempo por - un sector del mismo pueden originar usos normativos: pero resulta claro que el Derecho objetivo no surge de las condiciones generales en sí, sino de los usos/ normativos.

Las condiciones generales tienen, pues naturaleza contractual y — así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia que ha considerado a las condiciones generales como cláusulas contractuales, y en consecuencia, ha aplicado a ellas las normas relativas a la interpretación de los contratos. ;

Las condiciones generales son, como se ha señalado, declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente situaciones contractuales susceptibles de repetición y preveer que los litigios que surjan de/4 estas situaciones sean sometidos a un proceso arbitral.

196. Sin embargo, la doctrina se ha apresurado a señalar los peligros de una — cláusula compromisoria que aparece como una condición general.

Se ha dicho (1) que " existe una diferencia esencial entre el arbitraje que resulta de un compromiso y el que resulta de una cláusula compromisoria . Los que celebran un compromiso saben lo que hacen y a lo que se exponen: — conocen la controversia a decidir y sus circunstancias y se ha elegido como árbitro a alguien a quien se conoce también y que ofrece a ambas partes, en aquel/ momento la debida confianza para realizar la función jurisdiccional.

En todo arbitraje juega un azar y mayor que ponieno la confianza en manos de los tribunales; más mediante una cláusula compromisoria se llega al arbitraje con los ojos cerrados y a veces, frente a quien juega con las cartas marcadas; ya que dicha cláusula suele insertarse entre las condiciones generales — impuestas al contratante más débil al que además, puede imponerse un árbitro o — una institución arbitral de la que espera favor la parte económicamente más poderosa.

La cláusula compromisoria es conocida en la letra pequeña del con—

trato, entre el oscuro farrago de condiciones; puede surgir de pronto como una muralla inexpugnable frente a cualquier reclamación de comprador. "

NOTAS

(1) CASTRO, Arbitraje..., op. cit. pág. 655.

197. Otro autor ha escrito (2) que el consentimiento de una y otra parte no están libre como parece en bastantes casos. El pertenecer a una rama de comer de terminada, impone al comerciante aceptar en sus contratos un a cláusula arbitral cuyo contenido le es a menudo dictado, bajo pena de ser puesto el índice/más o menos oculto.

La práctica de los contratos tipo que tienden a convertirse en verdaderas normas consuetudinarias en el comercio internacional y que contienen a menudo una cláusula arbitral preestablecida, disminuye todavía más la libertad/real de apreciación y decisión de cada parte, sobre todo cuando las condiciones generales de este contrato sean fijadas o impuestas por un organismo corporativo o por la parte en situación dominante en las negociaciones precontractuales. "

NOTAS:

(1) FOUCHARD, L'Arbitrage..., op. cit. pág. 400.

198. Aún así hay que admitir plenamente la validez de la aceptación del contratante que consiente las cláusulas generales y especial de la cláusula compromisoria.

Otra cuestión es que se vea protegido en especial por la Administración y por los Tribunales Judiciales (1).

NOTAS

(1) El control de las condiciones generales se realiza por la ley, la jurisprudencia y la administración pública.

- a) La ley puede cortar los abusos producidos por las condiciones - generales, tanto por normas generales referentes a estas, como/ a través de normas imperativas que disciplinan el contrato y — que en consecuencia hagan ineficaces todas aquellas cláusulas — contenidas en las condiciones generales que sean contrarias a — esas normas.
- b) La actuación de los tribunales es otro de los medios. Sin embargo este remedio resulta insuficiente,, tanto por el costo elevado

de las actuaciones judiciales como por el carácter aislado de este remedio si se compara con la masa de contratos en los que pueden aplicarse las condiciones abusivas, así como también porque tal corrección actúa a posteriori. Se pretende no obstante ampliar la eficacia en este campo de la actuación de los tribunales de justicia/ en el sentido de que, declarada judicialmente nula, una condición/ general en un contrato, esa declaración alcance a todos los contratos en los que tal cláusula está contenida.

- c) Junto a los remedios indicados anteriormente aparece el control de las condiciones generales por la Administración pública como sucede en algunos sectores económicos.

199. Hay que hacer una precisión a lo que se acaba de indicar: Cuando se trata de un comerciante incluido dentro de un determinado sector comercial, es difícil que no cumpla voluntariamente el laudo arbitral, aunque su consentimiento para concluir la cláusula compromisoria hubiera estado muy disminuido. La razón es que el precio por acudir al Tribunal Judicial para pedir la nulidad de/ la cláusula compromisoria puede ser la expulsión casi inmediata del círculo — mercantil en que actúa (1).

NOTAS

(1) Ver sobre este tema FOUCHARD, L'Arbitrage..., op. cit., pág. 461 y ss.

200. Contratos en favor de tercero.

Después de haber sentado el párrafo 1º del art. 1257 del Código Civil el principio de relatividad de los efectos del contrato, el párrafo 2º dice que "si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, — este podría exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que aquella haya sido revocada".

201. La jurisprudencia ha tenido ocasión de estudiar este contrato en favor de/ tercero en relación con la cláusula compromisoria.

El Auto de 16 de Marzo de 1.971 dice :

" Resultando: que, por el Procurador D. Carlos de Julueta y Cebrián en nombre de D. Marino Santea, y mediante escrito de fecha 28 de Octubre de 1.969 se interesó la ejecución de la sentencia dictada en/ Londres por D. Michael Brynmor el 8 de Septiembre de 1.966, en virtud del arbitraje promovido contra líneas Marítimas "Euro Trans S.A."

Resultando: que acordada la citación de la parte recurrida para — que compareciese ante esta sala dentro del término de treinta días lo llevó a cabo, en su nombre, el Procurador D. Rafael Ortiz de So lozano y Arbex, quien contestó al escrito de la parte contraria,— oponiéndose a la ejecución del laudo Arbitral que se pretende por/ la recurrente.

Resultando: que pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal las — devolvió con dictamen en el que hacía constar que, a su juicio no procedía acceder al cumplimiento en España del laudo arbitral a — que se refiere el escrito inicial.

Considerando: que de conformidad con lo dictaminado por el Ministe rio Fiscal, no da lugar a lo solicitado por el procurador señor Ju lusta en nombre de D. Marino Sunstus, toda vez que por una parte — los documentos que se pretenden contienen la "sentencia" firme y — el contrato de fletamiento se hallan sin legalizar, en contra de — lo prevenido taxativamente por el art. 600 de la Ley de Enjuicia— miento Civil, y por otro lado, aunque pudiera prescindirse de di— cho defecto formal, es de notar que la demandada, líneas Marítimas Euro Trans, S.A., no estipuló en su propio nombre la cláusula com— promisoria en cumplimiento de la cual, se dictó aquella sentencia, al decir del actor, sino que la estipuló como la totalidad del con— trato de fletamiento, en nombre de "Alpawest, Ltd".

Es decir, en este caso, el Tribunal Supremo ha exigido que el arbi traje haya sido estipulado en propio nombre, ya que conforme al art. 1257 del — Código Civil, los contratos en perjuicio de terceros no les vinculan si no me— diarse su conformidad.

CAPITULO CUARTO : EL OBJETO

1. DERECHO INTERNO ITALIANO

202. Por su interés vamos a examinar primero la cuestión en el Derecho interno italiano. Presupuesto objetivo de la cláusula compromisoria son las controver sias.

El significado de controversia en el art. 806. CPC, lo mismo que en el art. 808 CPC parece coincidir con el de "litis" del art. 1965 C. Civil, que define la transacción, y al cual se hace remisión implícita con el art. 1966 — en la parte final del art. 806. De esos artículos y de todo el sistema de la Ley, surge que debe tratarse de pretensiones contestadas entre particulares susceptibles de ser decididas con un pronunciamiento de los árbitros (laudo) que, — en virtud del decreto de ejecutoriedad del pretor, podrá adquirir la eficacia — de una sentencia emitida por los jueces en un proceso ordinario de cognición.

203. Se excluye, pues a priori, por la noción misma de controversias (que decir), que los árbitros se les pueda encomendar el conocer de la existencia de delitos a efectos penales.

Excluido que puedan ser encomendadas a los árbitros atribuciones sustitutivas de las de juez en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en la ejecución procesal, en los procedimientos de quiebra y en los procedimientos/ a ellos análogos, en la concesión de providencias cautelares en general. El dudoso, dice la doctrina, que pueda encomendarse a los árbitros el decidir de las — consecuencias puramente patrimoniales de un delito sobre el cual se haya pronunciado ya el juez penal o de un delito "extinguido" (es decir, sobre el cual el juez penal no pueda ya pronunciarse). Aunque la mayoría de los autores piensan/ que si cabe atribuir a los árbitros la decisión sobre estos asuntos .

204. También es dudoso si pueden decidir sobre oposiciones a la ejecución, cuando y en cuanto ellas impliquen cuestiones sobre la existencia del derecho por el cual se procede. En hipótesis habría que excluir, sin embargo, cualquier poder — de los árbitros en orden a cuestiones interlocutoras sobre la eficacia o sobre la nulidad y sobre la persistencia de actos ejecutivos y habría que limitar su cometido a la mera declaración de certeza de lo cual quedaría luego reservado al juez ordinario el sacar las consecuencias. Excluida de todos modos la posibilidad de — comprometer la oposición a actos ejecutivos y en general las cuestiones de eficacia, nulidad o revocación de providencias cautelares. (art. 818 Cód. Proc. Civ)

205. Alguna duda podría surgir en cuanto a las providencias constitutivas pero es casi unánime la solución afirmativa, siempre que se trate de providencias - cuyos efectos hubieran podido realizarse también ^{en} virtud de actos de voluntad - meramente particular de las partes. (sin excluir el caso del art. 2932 Código Civil, que por un error, no se sabe si conceptual o terminológico, ha sido llevado bajo la rúbrica de la ejecución en forma específica) (1)

NOTAS

(1) CFR. Sobre el tema VECCHIONE, op. cit....., pág. 147 y ss; SCHIZZEROTTO, op. cit..., pág. 32 a 47; con anterioridad a la entrada del Código Civil, MORTARA, op. cit. n.º. 53.

206. A estos límites, que se infieren de la expresión general "decidir las controversias", se coordinan los resultantes de exclusiones expresamente contempladas en la parte final del art. 806. Excluidas son las controversias individuales del trabajo y las que se refieren a materia de previsión y de asistencia obligatoria (art. 429 y 459 código) pues se considera que resultarían más tutelados y garantizados por la autoridad judicial los derechos de los trabajadores (salvo admitir, por el contrario, la licitud de las transacciones, de lo - cual la jurisprudencia ha inferido después la licitud de los arbitrajes llamados libres).

207. Pero más significativo es que se excluyan expresamente las controversias - relativas a las cuestiones de estado y de separación personal entre los cónyuges y las demás que no pueden constituir objeto de transacción. Acerca de lo cual - hay una disposición formulada en el Código Civil en su art. 1966: "Para transigir las partes deben tener la capacidad de disponer de los derechos que constituyen objeto de la litis. La transacción es nula si tales derechos, por su naturaleza o por expresa disposición de la ley, están sustraídos a la voluntad de las partes."

208. Aquí el término capacidad está tomado en sentido impropio, como ya hemos visto anteriormente. En realidad se quiere aludir al poder-derecho de disposición por acto de voluntad privada, es decir, a aquel poder-derecho a que se refiere, con palabras, distintas, el art. 1322 bajo rúbrica "autonomía contractual", disponiendo: " las partes pueden determinar libremente el contenido del/

contrato dentro de los límites impuestos por la ley ". Y se alude bajo otro aspecto a las disposiciones sobre posibilidad-imposibilidad sobre la licitud del objeto y de la causa.

209. Límites al poder-derecho de disponer libremente pueden contemplarse, en general, siempre que la libertad de negociaciones privadas (o bien, de determinación de las sanciones aplicables) sea excluida, comprendida o condicionada por normas de Derecho público o interés público o por lo menos de interés de los terceros. En tales casos, el respeto de aquellas normas o la protección de los derechos ajenos debe garantizarse por la intervención indeclinable de la autoridad judicial en sede contenciosa o en sede de jurisdicción voluntaria o a veces por la intervención de autoridades administrativas. Ello puede ocurrir en la forma más draconiana excluyendo toda negociación directa, de modo que las partes solo pueden pedir providencias dispositivas al juez o a otra autoridad del Estado o bien puede ocurrir en forma más atenuada, requiriendo cuando menos el control o el concurso del juez. En todo caso queda excluida la posibilidad de pedir la decisión a los árbitros.

210. Un síntoma cierto de que se deducen en juicio o se tratan materias de esa índole, está representado por las disposiciones que hacen necesaria la intervención del Ministerio Público en el proceso (arts. 70 y ss., Código Procesal Civil), lo cual no puede tener lugar en los procesos arbitrales.

211. Pero no es un síntoma imprescindible y constante. También hay otros casos en que, por la consideración antedicha, es de excluir la posibilidad de un arbitraje, y es problema de interpretación determinar en concreto cuales sean.

Acerca de lo cual la jurisprudencia no es siempre unánime ni siempre firme . Queriendo dar algún ejemplo de casos límites, se han considerado susceptibles de cláusula compromisoria las cuestiones de rescisión de un contrato, si bien el Código Civil excluye su ratificación (art. 1451); se ha dudado en cambio de las cuestiones de quantum de alimentos legalmente debidos; se ha dudado de la separación de la dote; se ha opinado en forma diversa acerca de la exclusión de socios de sociedades comerciales y acerca de la responsabilidad de los administradores; se ha negado que pueda ser objeto de una cláusula compromi

sería la anulación de las deliberaciones sociales, y la anticipada disolución de sociedades.

212. Bajo otros aspectos se lo ha negado también en orden a las controversias encomendadas a la jurisdicción contable, y en general, respecto de las controversias inderogablemente encomendadas a las jurisdicciones especiales (aunque sean susceptibles de transacciones), en cuanto a las cuestiones relativas a/ bienes de dominio público o de uso público o destinados a servicio público,.- etc.

213. Finalmente es opinión ampliamente, acogida que no puede encomendarse a los árbitros una controversia conexa con otra pendiente ante la autoridad judicial y que la pendencia de la causa conexa hace caer la devolución a los árbitros. Es esta una opinión, dice la doctrina, por lo menos discutible si no hay interés público en la reunión de las cassas que impida radicalmente a las partes separar sus suertes y no es tal ciertamente (respecto del arbitraje)- la llamada economía de los juicios.

214. La jurisprudencia italiana ha tenido ocasión de tocar todos estos temas.- Así se ha decidido que la imposibilidad de convalidación del contrato rescindibles no importa la posibilidad de transigir en orden al contrato mismo. El/ tema correspondiente, pudiendo ser objeto de transacción, bien puede también ser comprometido en árbitros (1).

NOTAS

(1) Casación, 30 de Junio de 1.951

215. Las controversias en materia de exclusión de socios de la sociedad pueden legítimamente ser comprometidas en árbitros y así. también en el caso del último apartado del art. 2.287 del Código Civil (1). Pero tal posibilidad debe limitarse terminantemente al arbitraje ritual (2).

NOTAS

(1) Casación, 15 de Diciembre de 1.954; Tribunal de Nápoles, 13 de Julio de -- 1953.

(2) Apelación de Venencia, 11 de Junio de 1.949.

216. Sobre las controversias surgidas acerca de la interpretación de las cláusulas sociales estatutarias, disciplinadoras de la aprobación del Balance social,

el colegio o Tribunal Arbitral instituido en virtud de cláusula compromisoria contenida en el acto constitutivo de la sociedad puede pronunciar en todo caso a menos ^{de} que las controversias sea parte de la sociedad como tal. (1) .

NOTAS

(1) Tribunal de Viella, 23 de Julio de 1.953.

217. No debe considerarse controversia de carácter penal y por tanto puede ser comprometida, la relativa a los daños provenientes de un delito, ya que se trata de un derecho no sustituido a la disponibilidad y autonomía de las partes ni por su naturaleza ni por norma de ley (1).

NOTAS

(1) Casación, de 3 de Octubre de 1.953, Apelación de Turín, 27 de Abril de 1.951.

218. Las controversias surgidas en materia de revisión periódica de precios/ de suministro o cánones de alquileres, incluso agrarios entre particulares son comprometibles (1). Sin embargo, si la cláusula compromisoria se une a pactos de revisión en contrastes con la ley, la nulidad de estos se comunica a aquellos (2).

NOTAS

(1) Casación, 27 de Abril de 1.950.

(2) Casación, de 30 de Septiembre de 1.953; Casación de 24 de Febrero de 1.950

220. Las controversias surgidas de un contrato de arrendamiento para la recaudación de los impuestos de consumo, pueden válidamente comprometerse en árbitros, incluso las deferidas por leyes especiales a la jurisdicción especial de que hable el D.L. del 25 de Enero de 1.931 por el principio de que la ley cede a la voluntad de las partes.

También la controversia surgida entre municipio y recaudador de los impuestos de consumo sobre la carga de las mejoras concedidas a partir del 12. de Marzo de 1.947 puede constituir objeto de la cláusula compromisoria (1).

NOTAS

(1) Casación, de 3 de Marzo de 1.953.

220. El juicio de oposición en materia ejecutiva no puede ser encomendado a árbitros (1). No pueden ser deferidas a árbitros las controversias relativas a la tutela de la posesión, siendo la falta de todo poder coercitivo en los árbitros incompatible con el inmediato restablecimiento del orden violado, propio de las acciones posesorias (2)

NOTAS

(1) Casación, 18 de Julio de 1.957

(2) Casación, 16 de Abril de 1.958

221. Por último, con respecto a las controversias conexas la jurisprudencia, ha decidido que cuando dos controversias conexas entre sí resulten la una de competencia arbitral y la otra de competencia del juez ordinario, no es admisible, incluso por razones de economía y de armonía de juicios, la coexistencia en la misma materia de los pronunciamientos de diversos órganos de jurisdicción por lo cual la competencia de los árbitros queda en todo caso absorbida por la del juez ordinario (1)

El principio de atracción ha sido considerado aplicable, reconociendo en la especie existente la conexión al caso en que, refiriéndose la cláusula compromisoria a las divergencias sobre la interpretación y ejecución de las cláusulas contractuales, en juicio la responsabilidad contractual haya sido hecha valor conjuntamente con otra responsabilidad de naturaleza extracontractual. (2)

NOTAS

(1) Casación 14 de Octubre de 1.955; Casación, 29 de Octubre de 1.954; Casación/ 22 de Octubre de 1.954; Id, 11 de Agosto de 1.954; Id, 26 de Mayo de 1.954.

(2) Casación 30 de Octubre de 1.951.

222. Ha declarado también la jurisprudencia (1) que si alguien en orden a un determinado objeto tiene derechos que deriven para él en cuanto a una cuota por la ley y en cuanto a otra cuota por un contrato que contenga la cláusula compromisoria, surja entonces cuestión relativa a dicho objeto, puede elegir entre la competencia del juez ordinario y la competencia arbitral.

NOTAS:

(1) Tribunal de Pisa, 19 de Diciembre de 1.949.

2. DERECHO INTERNO ESPAÑOL

223. Hay que hacer una observación inicial. Aunque en realidad habría que hablar del objeto del compromiso, este es común para el contrato de compromiso y para la cláusula compromisoria, por las razones ya vistas.

224. Controversias. El objeto de la cláusula compromisoria son las controversias por surgir. Así se desprende del hecho de que el arbitraje es una jurisdicción, — que requiere un litigio para existir (1) y del examen conjunto de los arts. 2 y 6 de la ley de 22 de Diciembre de 1.953.

NOTAS

(1) BERNARD, L'Arbitrage volontaire en droit privé Librería, General de Derecho París 1.937 pág. 19

225. Esta controversia se decide por el árbitro, que ejerce una función jurisdiccional declarativa. De donde se excluye :

1. El conocimiento en toda cuestión que consista en medidas ejecutivas.
2. Idem de medidas provisionales de seguridad como por ejemplo, el embatgo preventivo.
3. Idem toda cuestión relativa a la jurisdicción voluntaria (1)

NOTAS

(1) Cfr. Sentencia del TS de 7 de Julio de 1.924; sentencia de 6 de Abril 1.922

226. Estas controversias se refieren a materias que pueden ser o no ser arbitrales.

Aunque no existe una lista de materias arbitrales, vamos a intentar de algún modo, sistematizar el tema.

227. Controversias de Derecho Privado. El litigio se refiere a materias de derecho privado, comprendiendo tanto las civiles como las mercantiles.

Así se desprende del art. 1. párra. 1º. de la ley de 22 XII 52:

"La presente ley regula los arbitrajes de Derecho Privado en sustitución de las normas que a los mismos dedican el Código Civil, el/

Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones de igual naturaleza tanto sobre arbitraje como sobre amigables composición".

228. A su vez, la jurisprudencia ha sancionado esta doctrina.

La Sentencia de 27 de Enero de 1.953 sostenía que:

"Entre los asuntos de índole civil a que alude el nº. 3 del art. — 1.691 LEC se hallan indudablemente comprendidos según se deduce del art. 487. LEC, todos los de derecho Privado correspondientes a la — esfera de jurisdicción de los tribunales civiles, y como las cues—
tiones mercantiles son de derecho privado, están comprendidas en la esfera de la jurisdicción civil ordinaria y pueden someterse al jui—
cio de amigables compondores".

La sentencia de 21 de Febrero de 1.970 manifestaba que:

"En especial en el sentido de que los llamados a resolverlo gozan de libertad para la apreciación de los hechos y han de aplicar a los — mismos, no los preceptos legales que serían pertinentes, sino confor—
me a su leal saber y entender, los dictados de esa equidad que adje—
tiva el arbitraje motivando todo ello que el recurso de nulidad, —
único que puede interponerse contra el laudo no pueda apoyarse en —
supuestas transgresiones de índole fáctica o jurídica, sino en la —
propia actuación de los árbitros, si estos traspasan el límite que/ les impone la Ley o la voluntad de las partes, incidiendo en verda—
dero abuso o desviación de los poderes que recibieron o el mandato/ legal que los enmarca, tal y como al efecto se describen en el nº.—
3 del art. 1.691 LEC que fija tanto las facultades de las partes pa—
ra la impugnación del laudo en esta vía, como el campo de acción —
del Tribunal para resolverla; no teniendo cabida por consiguiente, todas las demás cuestiones que se plantean ya que todas las accio—
nes a que pueden dar lugar, aparte de lo expresado, esta especialí—
sima mediación ha de entenderse que quedan reservadas al juicio —
ordinario declarativo correspondiente;

pero pudiendo ser materia del compromiso todas aquellas derivadas de relaciones jurídicas existentes entre particulares, sean o no comerciantes, puesto que la ley especial de 22 XII 53 rige todos los arbitrajes de Derecho Privado, debiendo entenderse en tal sentido "aclarada" la expresión de "índole civil " que emplea el nº. 3 del art. 1601 de la ley rituarial antes citada".

229. Por consiguiente tanto la organización constitucional administrativa y judicial no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

230. Especial problemática suscitan las controversias referidas al Derecho del Trabajo.

La doctrina (1) considera esta materia como privada aunque de naturaleza especial

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO-GULLON, Sistema- I, op. cit., pág. 58. Trata del problema de la disgregación del Derecho Civil como un fenómeno clásico en épocas de crisis. Dice que toda época de crisis produce la decadencia o, al menos, la puesta en entredicho de una serie de valores y principios que hasta entonces ha tenido una vigencia indubitada. En los modos de pensar y de entender la realidad social y la realidad jurídica se producen imitaciones, a veces bruscas, que no son explicables con las normas ni con los conceptos clásicos. Otras veces, aún sin crisis, la misma marcha de las instituciones sociales y económicas - da lugar a inflexiones y giros que el Derecho no puede por menos de acusar.- Al acusarlos surgen nuevas normas para cubrir y regular estas nuevas realidades, nuevos modos de vida. La inexplicabilidad de este derecho nuevo desde la perspectiva del Derecho Común, para el cual representa muchas veces una subversión, hace necesario el Derecho especial. Otras veces es el cruce de preceptos civiles y administrativos, producto de un fenómeno de intervención estatal en la regulación, ocasional de una misma materia o institución y la consiguiente necesidad de un estudio unitario, lo que hace nacer el Derecho especial.

Y como Derecho especial ha aparecido el Derecho del Trabajo.

230. En principio los litigios o controversias referidos a este Derecho están excluidos de la cláusula compromisoria, por razón del interés social que encarnan.

231. Sin embargo, la jurisprudencia ha matizado esta postura. La sentencia de 20 de Octubre de 1.946 declaró que :

"El llamado Derecho Social o del trabajo que regula, entre otras ma-

terias, las reclamaciones entre los que cooperan en la obra de la producción como empresarios o asalariados, no por el carácter necesario de que frecuentemente aparece investido y que hace innunciable sus prescripciones en cuanto tienden a proteger al trabajador contra los abusos de la libertad contractual, pierde su carácter civil, como lo ha perdido en esencia el Derecho Mercantil (?) por referirse a relaciones de índole privada, ni aparecen excluidas del Código Civil normas que como varias de las que rigen la familia pertenecen al orden público, razones tanto más de tener en cuenta cuando se trata de determinar el sentido del calificativo civil en una disposición que como la del art. 487 LEC, que es de 1.881, cuando el Derecho Social no había adquirido desarrollo y por eso no hay motivo para suponer que al emplear dicha expresión se haya querido excluir del compromiso la materia social; pero es que además los arts. 435 y 259 del Código del Trabajo vigente en la materia expresamente reconocen a los interesados en los litigios de trabajo la facultad de someter sus diferencias a los amigables compondores, otorgándoles a la vez una acción de nulidad contra la decisión de éstos, ante los Tribunales laborales."

232. Con respecto a los conflictos colectivos de trabajo la ley reconoce un arbitraje obligatorio en el Real Decreto Ley sobre relaciones de Trabajo (— 17/1977 de 4 de Marzo) y el Real Decreto-ley 5/1979 de 26 de Enero sobre — procedimientos de solución de conflictos (1)

NOTAS

(1) ALONSO OLEA, Derecho del Trabajo, Madrid 1980, págs. 523 y ss. BARREIRO/GOZALEZ, Análisis del Real Decreto-Ley 5/1979 de 26 de Enero. LECCIONES/DE DERECHO DEL TRABAJO EN HOMENAJE A LOS PROFESORES BAYON CUACON Y DEL PESO Y CALVO. Madrid 1.980 pág. 373 y ss.

233. Objeto sobre el cual las partes tienen la libre disposición. Como regla general, todas las veces que las partes pueden disponer libremente del objeto de su controversia privada, pueden recurrir al arbitraje. La controversia

debe referirse a un objeto disponible .

234. Obligaciones-Bienes. Dentro del campo de las obligaciones, la regla es la libertad de contratación y precisando más, la libertad de disponer de un derecho por un acto jurídico.

235. En cuanto a los derechos reales, si bien su contenido viene ya determinado imperativamente por la ley, su adquisición se deja a la voluntad de las partes, aunque, sobre todo para los derechos inmobiliarios, haya que llenar formalidades imperativas de publicidad.

236. Personas-Familia. Respecto a las personas, desde el momento en que estas/ aparecen como sujetos de derechos que por su naturaleza no son disponibles, no tiene sentido el arbitraje sobre ellos. Así no son susceptibles de arbitraje - los litigios relativos al matrimonio, las controversias relativas al estado de las personas.

237. A estos derechos que interesan directamente la persona humana, el orden público asimila ciertos derechos patrimoniales que están estrechamente ligados a la persona. Es el caso de los alimentos futuros.

238. Estos principios generales vienen recogidos por el art. 1814 del Código Civil referente a la transacción (al cual se remite el art. 1821 CC sobre los compromisor) a tenor del cual no pueden ser objeto (en el sentido anteriormente visto) de la cláusula compromisoria ni el estado civil de las personas, ni las cuestiones matrimoniales, ni los alimentos futuros.

239. Estas prohibiciones hay que matizarlas.

Referente a las cuestiones matrimoniales, hay que distinguir casos/ de carácter exclusivamente patrimonial en el que no se ve obstáculo insuperable/ en someterse a la jurisdicción arbitral, siempre que se trate de la simple distribución de dinero, pero nunca cuando atañan a obligaciones patrimoniales relativas al cumplimiento de deberes esenciales inherentes a la relación matrimonial o paterno filial.

240. La prohibición de un arbitraje sobre el estado civil de las personas viene reiterada por el art. 487. 1 LEC a tenor del cual no pueden ser sometidas al proceso arbitral:

"Las cuestiones sobre derechos políticos, honoríficos, exenciones y privilegios personales y demás que versen sobre el estado civil y - condición de las personas"

Sin embargo, caben hacer ciertas precisiones.

241. La sentencia de 17 de Junio de 1.944 declaró que :

"La prohibición de este artículo (1814 CC) no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que del estado civil de una persona pueda derivarse porque tales consecuencias revisten/ carácter privado y no afectan al orden ni al interés público."

242. Sobre los derechos nobiliarios, lo que si caben son renunciadas válidas de los titulares y en este solo aspecto cabría comprometer pero sin que por la decisión arbitral vinieren a adquirir derechos honoríficos o nobiliarios quienes/ ciertamente no los tuvieran por no cumplir otros requisitos, lo cual es enteramente distinto de la preferencia que pudiera haber entre distintos titulares que personalmente pudieran acceder al título nobiliario.

243. Cuestiones Particulares. Acción Civil derivada de un delito. La cláusula - compromisoria no puede tener por objeto una cuestión de carácter penal ya que - no puede extinguir la acción pública para la imposición de la pena.

244. Ahora bien ¿ cabe comprometer sobre la acción civil proveniente de un delito?. La jurisprudencia ha respondido afirmativamente. La St. de 27 de Noviembre de 1.963 dice que "las cuestiones referentes a la simulación contractual son negativamente de carácter civil, y si bien en el caso de haber un tercero perjudicado - por la simulación, podrá éste acudir a la vía penal para que la reparación del/ perjuicio sea consecuencia del condigno castigo de los culpables, al amparo del precepto de orden punitivo, mientras ello no ocurra y se acredite la apertura - del procedimiento criminal, la jurisdicción civil es libre de actuar y por tanto la de los árbitros de equidad designados legalmente para, en sustitución de/ aquella resolver en conciencia la cuestión".

245. Sin embargo, el art. 14 párr. 2º, de la ley de 22 de XII de 1.953 dice que "en el caso de ^{que} una materia disponible aparezcara indisolublemente unida otra que

no lo sea, no podrá comprometerse sobre ninguna de las dos". Una interpretación literal de este precepto nos llevaría a la conclusión de que como la indemnización civil presupone necesariamente la existencia del delito, y sobre este no se puede comprometer, tampoco se puede someter a arbitraje la acción civil.

En mi opinión la solución válida es la dada por la sentencia citada, por ser dos materias totalmente diferentes aunque una de ellas nazca como consecuencia de la existencia de la otra.

246. Una cuestión interesante se plantea con los llamados Derechos de la personalidad.

Se ha dicho (1) que la infracción del deber de respeto a los bienes de la persona se tipifica en numerosas ocasiones como conducta, sancionada por el Código Penal, lo que implica además de una correspondiente pena, — una responsabilidad civil (obligación de reparar el daño causado). Sin embargo, cuando la lesión no está tipificada penalmente, no por ello se deja sin sanción. El art. 1092 del Código Civil sanciona a todo aquel que por acción u omisión causa un daño a otro interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, legitimando al dañado para exigir la correspondiente indemnización. — Es entonces cuando nace el Derecho subjetivo: el derecho a obtener una reparación.

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO-GULLON, Sistema..., I, op. cit. pág. 372.

247. El daño pueda ser tanto material como moral. Y es de este último cuando la lesión recae sobre un bien de orden de orden personalísimo. (Vgr., la vida o afectivo, espiritual o sentimental, esto es, sobre bienes inmateriales, categoría dentro de la cual encajan los derechos de la personalidad. No hay obstáculo alguno para que una misma lesión de lugar a ambas clases de daños. Por ejemplo, el caso de unas lesiones que producen incapacidad para el trabajo al que las sufre con su consiguiente disminución de ingresos (daños materiales) y, al mismo tiempo, dolores o sufrimientos en su cuerpo, o pérdida del bien de

la integridad física.

248. La reparación del daño moral se logra a base de su compensación pecuniaria de libre apreciación por el juzgador.

La pregunta que se puede formular es la siguiente: ¿Es lícito recurrir al arbitraje para la cuantía de la compensación? En mi opinión, no es posible recurrir al proceso arbitral ya que se trata de una cuestión íntimamente ligada a la persona y por consiguiente es un derecho no disponible.

249. Las buenas costumbres y la moral A tenor de lo preceptuado en el art. 1255 del Código Civil, la cláusula compromisoria no puede tener por objeto una controversia que vaya contra las buenas costumbres y la moral, entendidas según un pueblo y en una época histórica determinada.

250. El orden público. El mismo art. 1255, establece que la cláusula compromisoria no puede ir contra el orden público. Esto nos obliga a preguntarnos sobre el concepto y caracteres del orden público.

251. Presenta las siguientes características :

1.- El orden público no se puede definir, sino más bien describir según una época y una situación determinada.

2.- Esta descripción deben realizarla los tribunales.

252. Es posible afirmar que existen leyes de orden público. Hacen referencia:

1.- A la organización social: son las leyes que abarcan la constitución de la familia, el estado y capacidad de las personas, la condición de los extranjeros, la libertad individual.

253. A la organización política: son de orden público las leyes constitucionales políticas, administrativas, fiscales y de organización judicial.

254. En la actualidad, las más importantes son las que se refieren a la organización económica. Se clasifican según afecten:

1. Al régimen jurídico de los bienes (naturaleza, transmisión, prescripciones).

2. A la forma de ciertos actos (donaciones, testamentos, hipotecas)

3. A la libertad del comercio y de la industria, y a los precios (1)

NOTAS

(1) SAVATIER, El orden público económico, Chronique, DALLOZ, 1.965, pág. 37.

255. El orden público se expresa a través de una ley imperativa. Sin embargo, lo contrario no es exacto.

256. La jurisprudencia francesa ha tenido ocasión de tocar estos problemas:

Así L'arrêt de 17 de Abril de 1.974 (de cassation de la Cour de claraba que :

"Las controversias relativas a los contratos concluidos entre dos personas morales de derecho privado dependen de los tribunales judiciales, incluso cuando estos contratos, tenían por objeto la — realización de obras públicas, desde el instante en que su ejecución pone en juego (met en jeu) las normas de Derecho Privado".

Por consiguiente, aunque se trate de una materia perteneciente al orden público, cabría comprometer sobre la ejecución de ese contrato.

257. L'arrêt de la Cour de CASSATION que :

"No es nulo el compromiso que tenga por objeto una controversia — que de alguna manera se refiera al orden público, sino cuando el/ orden público haya sido directamente violado".

258. Cosas fuera de comercio. El art. 1271 del Código Civil dice textualmente:

"Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera/ del comercio de los hombres, aún las futuras".

259. Bajo la extracomercialidad de las cosas debe incluirse :

1º. Los bienes de dominio público (art. 339 CC)

2º. Las cosas no susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a/ todos o por quedar fuera de ámbito de apropiación del individuo.

3º. Los bienes sustraídos a la libres disponibilidad de los particulares (vqur, como ya ~~hemos~~ visto, el estado civil de las personas, o los bienes de la perso— nalidad, etc.)

260. Un contrato que recayera sobre cosa fuera del comercio sería un contrato/ al que le falta el presupuesto objetivo.

261. Problema distinto es el de las cosas cuyo comercio se encuentra prohibido — en determinadas circunstancias. Una cláusula compromisoria que tenga por obje— to estas cosas no presupone la falta del presupuesto objetivo. Podrá recibir —

las sanciones administrativas o penales correspondientes, pero ~~nunca~~ un contrato al que le falta su objeto.

262. Litigios en los que intervenga el Ministerio Fiscal. A tenor del art. 487 1º, están exceptuados ~~del arbitraje~~ todas aquellas controversias en que según la ley debe intervenir el Ministerio Fiscal.

263. La razón de esta prohibición radica en que la intervención del Ministerio Público implica que el litigio está sujeto al interés público y que por consiguiente está fuera de la libre disposición de los particulares.

264. El Ministerio Fiscal Interviene en los siguientes supuestos principales(1)

1. En las llamadas acciones de estado.
2. En los juicios sobre incapacitación de locos, dementes o sordomudos (art.— 215 CC)
3. En los juicios sobre grandezas y títulos nobiliarios (art. 2 y 3 de R.O. 13 de Nov. de 1.922)

NOTAS

(1) RAMOS, op. cit. pág. 211.

265. Supuestos especiales de intervención del Ministerio Público lo constituyen la quiebra y suspensión de pagos.

La jurisprudencia ha tocado este problema (1). Respecto a la suspensión de pagos, ha declarado (2) que :

"La intervención del Ministerio Público con arreglo al art. 23 de/ la ley de 22 de Julio de 1.922 sobre suspensión de pagos está aclarada y precisada en la circular de la Fiscalía del TS de 18 de Noviembre de 1.922 estableciendo como regla general, en su art. 7º — "que la actitud del Ministerio Fiscal a pesar de su carácter de — parte, no ha de ser igualmente activa en todos los períodos y actuaciones...observando una prudente abstención en los casos que señala y concretando en el apartado H del mismo artículo que "no intervendrá el MF en aquellas cuestiones particulares extrañas al interés público, ~~del~~ que está encargado de proteger, salvo cuando la ley disponga expresamente lo contrario", y precisando más añade el/ art. 8º: "la vigilancia especial conferida por la Ley al Ministe—

rio Fiscal exigirá celo extremado en todo cuanto afecte a la pureza y normalidad del procedimiento" evidenciándose con todo lo anterior que las cuestiones objeto de la escritura de compromiso, y decididas en el laudo, por no afectar a la pureza del procedimiento ni al interés público, sino únicamente al interés de los litigantes, no son cuestiones comprendidas en el art. 2º. 2 del art. 487 LEC"

NOTAS

(1) Cfr. SERRA, El proceso arbitral, Estudios, op. cit., pág. 587.

(2) St. de 16 de Noviembre de 1.923

266. La jurisprudencia ha aplicado la misma doctrina a la quiebra. Precisa la sentencia de 2 de Enero de 1.964: "la intervención del Ministerio Fiscal no es preceptiva en todas las actuaciones del proceso de quiebra, sino únicamente en la pieza de calificación y el juicio universal de quiebra en tanto no adquiera firmeza el auto que la declara puede decirse se halla en una fase preliminar o cautelar en las que tanto el quebrado como el instante de la quiebra y demás acreedores pueden discutir la procedencia de la reposición, sin intervención alguna del Ministerio Fiscal que no se produce, como queda expuesto, hasta que se forma la pieza de calificación, lo que se realiza después de la firmeza del auto declaratorio de la quiebra y que según se desprende del contenido del propio laudo no llegó a tener lugar por lo que el estado procesal que mantenía la quiebra se hallaba fuera del ámbito en que pueda ser necesaria y atribuida su intervención al Ministerio Fiscal, no dándose en consecuencia el supuesto a que hace referencia el Nº. 2 del art. 487 LEG"

267. Atribución imperativa de jurisdicción. Existen controversias que, aunque pueden ser objeto de cláusula compromisoria y por tanto someterse a la jurisdicción arbitral, sin embargo, por razones de interés público, la ley exige su sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

268. L'arrêt de la Cour d'appel de Douai de 7 de Julio de 1.975 en el mismo sentido de lo que acaba de ser expuesto, declaró que :

"Por el carácter de orden público de las reglas de organización judicial, se excluye el arbitraje en el caso de que el legislador ha procedido a una atribución imperativa de competencia".

269. Dos supuestos interesantes se plantean en el Derecho español.

1. Arrendamiento . Sociedades.

270. Supuesto de los arrendamientos. Sobre la base de que según el art. 1561 el conocimiento de los juicios de deshacio está exclusivamente atribuido a la jurisdicción ordinaria y de que el art. 487 se refiere a los juicios declarativos la jurisprudencia ha excluido del proceso arbitral las cuestiones de deshacio.

En este sentido, la St. de 28 de Febrero de 1.962 dice en varios -- de sus Considerandos : " Que si bien el párrafo número 3 del art. 3º. de la -- ley Locativa Urbana determina que los arrendamientos de locales de espectáculos/ de cierta duración, solo quedan sujetos a las normas de dicha ley en cuanto a -- la prórroga obligatoria, dando a entender, (con ello que las demás cuestiones -- que puedan surgir sobre cumplimientos y extinción de tales contratos siguen so-- metidos a la legislación ordinaria, no es menos cierto que el art. 1561 LEC dis-- pone, con carácter general "que el conocimiento de las demandas de deshacio co-- rresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria", cuyo precepto ratifica el art. 120 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que declara que "el conocimiento -- y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta ley, co-- rresponderá a los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria". Que con-- gruentemente con tales preceptos, la jurisprudencia de esta Sala tiene declara-- do: a) Que tratándose del ejercicio de la acción de deshacio por expiración del/ plazo contractual, nunca puede ser aplicada la cláusula compromisoria según se/ deduce de la doctrina de este tribunal, contenida entre otras, en las sentencias de 5 Abril de 1.922, 7 de Junio de 1.924 y 24 de Abril de 1.941 y 21 de Marzo -- de 1.950 y b) Que el conocimiento de la acción de deshacio viene atribuido ex-- clusivamente a la jurisdicción ordinaria, por el art. 1561 LEC, como una excep-- ción más de las atribuciones por el conferidas a los árbitros y amigables compo-- nedores por el art. 487 de la citada ley en relación con el art. 1820 Código Ci-- vil -- sentencia de 27 de Abril de 1.954-- reiterada en 2 de Julio de 1.955

Que con el nombre de juicio de deshaucio se designa aquel proceso especial que tien por objeto la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento, y la devolución al arrendador del objeto arrendado; y si bien la ley de Arrendamientos Urbanos vigente parece prescindir de esta denominación clásica —que hacía alusión a la pérdida de la confianza, que había sido la impulsora del contrato—, y nos hable en cambio, de causas de resolución —cap. XI— y del juicio que se promueva para resolver el contrato de arrendamiento —art 124— como dando a entender que en lo sucesivo no se debe emplear aquel concepto, y si solo el de proceso de resolución de contrato, sin embargo, no hace su prescripción, sino que lo emplea como sinónimo de juicio sobre resolución, según se deduce del art. 127, en el que alude a "los juicios de deshaucio por falta de pago" mencionados en el art. 124 que habla otra vez del juicio de deshacio por falta de pago". Que aunque no exista norma legal alguna que prohíba que se actúe separadamente la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento y la pretensión de devolución del objeto arrendado en procesos distintos, si existe en cambio, la prohibición de que se sustraiga el conocimiento de cualquier de ellas, a la jurisdicción ordinaria, ya — que el art. 1561 LEC referido, otorga a esta jurisdicción, la exclusividad — del conocimiento de los juicios de deshaucio, sin permitir que otra jurisdicción conozca de la pretensión meramente resolutoria, más que en los casos en que de manera expresa así se declara".

271. Por el contrario la St. de 4 de Mayo de 1.962 dijo: "Si en términos generales los motivos de casación son siempre taxativos, habiendo muchas cuestiones jurídicas que no tienen encaje en ellos, tanto más lo es en lo que atañe/ la excepcional y limitadísimo recurso admitido contra los laudos dictados en los arbitrajes de equidad por lo que las extralimitaciones por razón de la — materia invocables, solo son las expresamente mencionadas en el nº. 3 del — art. 1691 LEC, entre las que no figuran ni el derecho necesario en su conjunto ni los arrendamientos urbanos y en todo caso porque aún cuando en la esfera de los arrendamientos urbanos haya abundantes normas de Derecho Necesario creadoras de derechos subjetivos indisponibles e inenunciabiles, ello no sig-

nifico que la totalidad de la materia tenga ese carácter, pues según el propio art. 6º. LAU, son renunciables todos los derechos, excepto el de la prórroga - en beneficio del arrendatario y por otra parte, lo que no cabe es la renuncia/previa, pero si la subsistente, o sea, la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante su incorporación al patrimonio y como en el caso de autos, lo fundamentalmente sometido a arbitraje ha sido la concurrencia o no de causas resolutorias, la delimitación del objeto de arrendamiento y la determinación - de las rentas e indemnizaciones, es claro que ni se ha renunciado a ningún derecho irrenunciable ni se ha entregado su definición a los árbitros".

272. Supuesto de sociedades. Es muy frecuente la inclusión de la cláusula compromisoria en los estatutos de las sociedades con la finalidad de que puedan - someterse a arbitraje todas las cuestiones que puedan producirse en el futuro/entre la sociedad y sus accionistas o entre estos.

273. La jurisprudencia (1) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez - de esta cláusula en relación con la impugnación de los acuerdos sociales.

"La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad demandada invocando al art. 14 de sus Estatutos ^{da} funcionales por virtud del cual deben someterse a juicios de/amigables compondores todas las cuestiones que se suscriben entre ella y sus/accionistas o entre ellos; pero tal cuestión viene subordinada a la estimación que se haga sobre la validez de la ~~ca~~ cláusula compromisoria que se invoca, de la/que carece en absoluto en cuanto a la materia que ahora se ventila, consistente en la impugnación de unos acuerdos de una Junta General de accionistas para lo cual establece la ley de 17 de Julio de 1.951 un procedimiento especial, co totalmente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, de derecho necesario por el - carácter público y social que lo informa, ~~por la~~ naturaleza de ~~los~~ motivos de impugnación a que se refiere esgrimidos en este proceso totalmente sustraídos a/la libre disposición de las partes y en tal concepto, además excluidos en materias aptas para el arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, como de manera/expresa determina el art. 14 de la ley reguladora de la institución de 22 de - Diciembre de 1.953",

NOTAS

(1) Sentencia del TS de 15 de Octubre de 1.956.

3. EL OBJETO EN EL DERECHO CONVENCIONAL.

274. La cuestión de la arbitrabilidad del litigio en el ámbito convencional se puede presentar desde dos puntos de vista.

1. Como presupuesto de validez de la cláusula compromisoria.
2. Como presupuesto de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.

275. Presupuesto de validez de la cláusula compromisoria

La arbitrabilidad de la controversia, considerada como presupuesto de validez de la cláusula compromisoria coincide con el problema, más genenal de saber si el objeto de este contrato es lícito y cual será la ley competente para decidirlo.

A este respecto, no se plantea ninguna duda: la licitud del objeto de una cláusula compromisoria depende de la ley del contrato, esto es, de la — ley de la autonomía (2).

NOTAS

(1) FOUCHARD..., op. cit., pág. 208; CHILLON-MERINO...op. cit. pág. 338.

(2) BATIFFOL, Tratado elemental de Derecho Internacional Privado, 3ª ed., París 1.959, nº. 615.

276. El Derecho convencional español no deroga este principio. Así la Conven—ción de Nueva York exige que la cláusula compromisoria sea válida en virtud de/ la ley a la cual la han subordinado las partes. La arbitrabilidad del litigio,—tal como es definida en la cláusula compromisoria constituye, como ya hemos vi—to, un presupuesto objetivo de validez del contrato arbitral y depende de la — ley normalmente aplicable la cláusula.

277. Por consiguiente, cuando la arbitrabilidad del litigio se considera desde — este punto de vista, es decir, cuando esta cuestión se alega delante del tribu—nal Arbitral (que debe verificar su competencia, por tanto la validez del con—trato arbitral que se le ha conferido) o delante del juez estatal (indepen—dientemente del procedimiento de exequatur de la sentencia arbitral), será sufi—ciente que al árbitro o el juez investiguen si la ley de autonomía autorizaba la sumisión de la controversia al arbitraje.

278. Esta investigación no es fácil, ya que la cláusula compromisoria, por hipó—tesis, es muy ambigua en este tema. Así, la fórmula más extendida consiste en —

estipular que "todas las diferencias con ocasión del presente contrato" o "toda controversia o reclamación nacida o en relación con este contrato" serán sometidos al arbitraje.

279. Presupuesto de reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral

El art. V.1.2. a) dice que:

"También se podrá denegar el reconocimiento la ejecución de una - sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

+ Que - según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no - es susceptible de solución por vía de arbitraje".

Por tanto, es la ley del foro (Derecho interno español), la que/ determina la arbitrabilidad del litigio.

280. Para España, en cuanto al objeto, todas las sentencias que se refieren a materias civiles o mercantiles son susceptibles de serles concedida el reconocimiento, no ha hecho uso de, la facultad de reserva, en virtud de la cual la Convención de Nueva York limita su ámbito de aplicación únicamente a los litigios de carácter mercantil.

281. No sucede lo mismo con la Convención de Ginebra.

El art. I.1 a) declara que :

"El presente convenio se aplicará:

a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubiesen sido concertados..."

282. Esto nos obliga a examinar lo que el Derecho español considera "comercial" (1).

Se ha dicho (2) que para encontrar el auténtico sentido de lo que/ debe entenderse por "comercialidad" en la legislación española, hay que examinar la doctrina mercantilista en torno al concepto de Derecho Mercantil.

NOTAS

(1) Con ello, completamos el estudio del objeto de la cláusula compromisoria/ en el Derecho interno español.

(2) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 252.

283. Un sector doctrinal (1) sostiene que el concepto esencial del Derecho mer-
cantil no es un concepto a_piriorístico, sino que su investigación arranca de/
los hechos o relaciones sociales sometidas al Derecho Mercantil Positivo.

NOTAS

(1) GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, 1975, I, pág. 4 y ss.

284. Interesa entonces acantonar esos medios y relaciones sociales encontrándo
se su esencia en el doble carácter de la profesionalidad y la reiterabilidad -
de los comerciantes en el ejercicio de sus negocios a pesar de que el Código -
de Comercio vigente español (art. 2º.) se esfuerza en mantenerse en una lí—
nea claramente objetivista al hablar de los actos de comercio.

285. Existe una irrescindible identidad entre hechos y relaciones sometidas al
Derecho Mercantil con la idea de comercio.

Se ha dicho (1) que cada legislador ha enfocado el comercio en —
cuanto fórmula delimitativa de las materias que exigen un Derecho especial —
frente o junto al común. Para Rubio, la doctrina se ha venido manifestando con/
una gran inseguridad acerca de lo que deba entenderse por "actividad humana -
comercial" y con una multiplicidad de posiciones que no se debe solo a las in-
evitables discrepancias dogmáticas y metódicas entre los autores, ni a la rela-
tividad histórica en función de los distintos sistemas legislativos, sino a —
las repercusiones, que sobre un sector tan vinculado a las estructuras económi
cas y a los sistemas de tráfico de bienes y servicios, ha supuesto las profun—
das transformaciones del siglo pasado y comienzos del presente.

Pero con finalidades expositivas y sistemáticas no hay inconveniente
en partir, como se viene haciendo normalmente, de aquel criterio que distribi
buye los regímenes legislativos en dos grupos:

1) De un lado, aquellos que parten fundamentalmente de la naturaleza y de las/
características de la actividad económica en sí, con independencia de las con-
diciones personales de quien la realiza. 2) De otro los que atienden más directa
tamente al estado y a la profesión mercantil de quienes llevan a cabo una acti—
vidad determinada (2).

NOTAS

(1) RUBIO, Introducción al Derecho mercantil, Madrid 1.969, págs. 28 y ss.

(2) RUBIO, op. cit., pág. 28

286. Ha sido ROCCO (1) quien tras atacar la antítesis entre actos de comercio subjetivo y objetivo encuentra su síntesis en el acto de comercio unitario basado en el acto que realiza o facilita la interposición en el cambio.

A la nota del cambio, como vértebra fundamental a la actividad — mercantil, hay que añadir la propia finalidad del cambio, el lucro(2).

NOTAS

(1) ROCCO, Principios de Derecho Mercantil, Madrid 1.931, págs. 1364

(2) RUBIO, op. cit., pág. 35.

287. Pero no se agota en esas dos notas la caracterización del comercio como/ contenido del Derecho Mercantil, sino que el cambio y el lucro deben ejercerse de manera continuada y en masa.

Ahora bien, la realización de actos en masa exige una organiza— ción adecuada y esta organización se llama empresa (1).

NOTAS

(1) GARRIGUES, op. cit....., pág. 21.

288. La empresa es la única realidad económica capaz de desarrollar los actos que componen el mundo de los negocios como quinta esencia del Derecho Mercantil en contraposición con el Derecho Civil.

Solo desde este punto de vista puede explicarse la constante expansión del Derecho Mercantil a costa del Derecho Civil y que ha dado lugar a lo/ que se llama "comercialización" del Derecho Civil.

289. El problema que podría tener un planteamiento claro dentro de una legisla— ción unitaria, se complica en el Derecho español por la existencia de dos códigos, el Civil y el Mercantil, porque previamente hay que determinar la norma — aplicable para lo cual habrá que acudir al Código de Comercio para dilucidar — si el acto es mercantil.

290. Algunas notas que pueden decantar la afiliación del acto al tráfico mer— cantil son :

1. Que no se trate de un acto aislado, sino que obedezca a una serie continua de relaciones (actos jurídicos en masa).
2. Que no existan excesivas formalidades (1).
3. La existencia en los contratos de determinadas normas y usos que por si solos son esclarecedores de que nos encontramos inmersos en el mundo mercantil; vicios o defectos de la cosa vendida, riesgos en la compraventa, indemnización tasada - en el contrato de transporte, contratación en Bolsa, contratos Bancarios, comercio marítimo, relaciones exteriores, seguros, etc. (2)

NOTAS

(1) GARRIGUES, op. cit...., pág. 30.

(2) LANGLE, Manual de Derecho Mercantil Español, I, Barcelona 1.950, versión 1960 pág. 43.

291. En consecuencia la determinación jurídica de lo comercial en el Derecho positivo español a efectos del arbitraje se encuentra en la profesionalidad del mundo de los negocios, instrumentados a partir de las especiales características que genera la contratación a distancia: agilidad, eficacia, simplicidad y rigor/ de los mecanismos jurídicos utilizados.

292 Ahora bien, tradicionalmente el núcleo de lo comercial lo constituirán los contratos de compra y venta de bienes (1).

Sin embargo, en la actualidad algunos de los más importantes contratos internacionales están relacionados con proyectos que suponen inversiones, utilización de recursos naturales, contratación de factorías, transferencia de tecnología y otras formas de desarrollo económico. Esto requiere a menudo contratos a largo plazo y la creación de empresas conjuntas.

NOTAS

(1) MANGARD, El arbitraje y el sistema judicial, Estudios sobre Arbitraje Comercial Internacional, 16-17 de Octubre de 1.978, Centro de Estudios Comerciales Madrid, 1.979, HOLTZMANN, El Arbitraje y los tribunales, VI Congreso Internacional de Arbitraje, México 13-16 Marzo de 1.978, Reue de l'Arb. 1.978 pág. — 253 y ss.

293. En este sentido, la Resolución del II Grupo de Trabajo (1) declaró que :

"El grupo de Trabajo recomienda que debe animarse a los tribunales a

interpretar la legislación nacional lo más liberalmente que les permitan sus poderes, con el fin de que entre los asuntos susceptibles de ser sometidos a arbitraje internacional estén incluidas todas las clases de transacciones comerciales propias de nuestros días; si bien las transacciones que consisten básicamente en la venta de bienes continuarán siendo muy significativas dentro del comercio mundial, cada vez adquieren mayor importancia las transacciones a largo plazo que afectan a la inversión, el uso de recursos naturales, transferencias de tecnología, construcción de instalaciones industriales y otras formas de desarrollo económico. Este arbitraje faculta esta clase de transacciones".

NOTAS

(1) VI Congreso Internacional de Arbitraje, México 13-16 de Marzo de 1978.

294. El Tribunal Supremo debería entonces suprimir los obstáculos a estas formas de crecimiento económico, reconociendo que las normas españolas que de algún modo se refieren a la arbitrabilidad de la cláusula compromisoria deben ser interpretadas de forma que no se deniegue el exequatur a una sentencia arbitral que es producto de una cláusula compromisoria inserta, por ejemplo, en un contrato de transferencia de tecnología (1).

NOTA

(1) HOLTZMANN, El Arbitraje y los Tribunales —. op. cit. menciona algunos casos de Tribunales en los que una visión "provincianamente estrecha" del término comercial hizo que se denegara al arbitraje en litigios relativos a inversión.

Señala también que, por ejemplo, en Hispanoamérica, el término "comercial" se define en algunos países de modo que quedan excluidas una serie de transacciones, como contratos de inversión, licencias para el uso de tecnología y minería.

295. El arbitraje en las relaciones que engloban actos mixtos.

El fundamento del acto mixto se basa en la circunstancia del encuentro en el tráfico jurídico moderno entre personas comerciantes y personas/no comerciantes, lo que obliga a plantearse la normativa aplicable a estos casos.

296. La conflictividad entre la norma mercantil y civil exige decantarse a favor de una u otra, de manera absoluta y tajante, para evitar la escisión del acto, lo que llevaría a la absurda consecuencia de partir en dos mitades el negocio o contrato, sometiendo una al Código Civil y otra al Código Mercantil.

297. Por tanto se impone declarar como consecuencia de principio la indivisibilidad del acto. Esta indivisibilidad se logra con el sacrificio de la norma civil en favor de las mercantiles.

A esta solución se llega por las siguientes razones:

298. 1) La norma mercantil es especial frente a la norma común del Derecho Civil. Y la doctrina argumenta que la sustantividad del Derecho Mercantil, como Derecho especial de una clase de actos, ~~los~~ actos de comercio, solo se salvaría sometiendo los actos mixtos al Código de Comercio y a las leyes mercantiles.— Por ello, son inadmisibles las cuestiones siguientes (1)

1. Se aplica la ley comercial a la parte para la cual el acto es mercantil y la civil a la otra.

2. Se aplica la ley que elija el demandado, si este no es comerciante.

NOTAS

(1) Cfr. Sentencia del TS de 31 de Enero de 1.950.

299. 2) Porque, según el tenor del art. 2º. del Código de Comercio :

"Los actos de comercio, sean o no sean comerciantes los que ejecuten y están o no especificados en este Código, se regirán por la — disposición contenidas en él, en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas, por las de Derecho Común. Serán reputados los actos de comercio, los/ comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."

300. En consecuencia, en todos los actos tipificados por el Código de Comercio como mercantiles, (de compañía, art. 116; cuentas en participación, art. 239; comisión, art. 244; mandatos, factores y dependientes, arts. 281 y 56; permutas y/ transferencias de créditos, arts. 346 y 347; transporte terrestre, art. 349; seguros, art. 380; letra de cambio, art. 443; libranzas, art. 532; cheques, art. 534; talones de cuentas comerciales, art. 543; cartas, órdenes de crédito, art. 567; -

fletamentos, art. 652; seguros marítimos, art. 737;) la calificación de una de las partes en el acto " como no comerciante", no soslaya la aplicación de las - normas mercantiles en este acto.

Solamente cuando el propio Código de Comercio lo considera oportuno excluye de su normativa reenviando al Derecho Común en el acto mixto (1).

NOTAS

(1) art. 326. del Código de Comercio.

301. En cualquier otro caso, la absorción del acto mixto hacia la esfera de lo/ mercantil, por las razones antes aludidas es la solución dada también en el Derecho comparado: así el Código de Comercio Alemán y el Código de Comercio Italiano.

302. Este planteamiento puede quedar perturbado por la expresión que contiene - al art. 2º. del Código de Comercio : "estén o no especificados en este Código".

¿Cómo puede determinarse el carácter mercantil de un acto que no es tá previsto en el Código de Comercio ? La jurisprudencia ha resuelto este problema enfocando el tema como " mera cuestión de hecho "; es decir, que ha tenido que resolver sobre la mercantilidad de la materia, utilizando criterios económicos, unas veces predominantemente objetivos atendiendo a la actividad, luego - en la nota de especulación y ánimo de lucro (1) y más tarde se orienta hacia la doctrina de la empresa y hacia las relaciones económicas continuadas. (2) ,

NOTAS

(1) Sentencia del TS de 15 de Octubre de 1.940.

Sentencia del TS de 16 de Abril de 1.942.

(2) RUBIO, Introducción op. cit., Madrid 1.969, págs. 436 y ss.

303. Anulación de la sentencia y arbitrabilidad del litigio.

Se plantea el problema siguiente: la anulación de la sentencia en un país determinado por inarbitrabilidad del litigio ¿es causa de denegación del exequatur en España?. A tenor del art. IX. de la Convención de Ginebra :

"La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Es tado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiese —

llevado a efecto en aquel Estado en el cual ^a conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello porque la cláusula compromisoria no era válida con arreglo a la ley a la cual la sometieron — las partes o, en caso de no haber indicación al respecto, conforme a la ley del país en donde se dictó el laudo ".

La sentencia arbitral es anulada porque a tenor de la ley aplicable a la cláusula compromisoria, esta es nula ya ^{que} la materia no es arbitrable/ ¿esta anulación es válida para el juez español?.

1. Si ha sido anulada la sentencia arbitral en un Estado contratante en el — cual o conforme a cuya ley fue dictado el fallo arbitral, la anulación constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en España.

2. Si ha sido anulada en otro Estado que no reuna las condiciones del art. IX 1., el TS podrá conceder el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral ya/ que, aunque el litigio no fuera arbitrable en un país determinado, podrá serlo en España. (1) [] .

NOTAS .

(1) Consideramos la arbitrabilidad del litigio como presupuesto de validez de la cláusula compromisoria.

304. Esta segunda solución se aplica en la Convención de Nueva York. La no — concesión del exequatur en un Estado extranjero por razones de no arbitrabilidad del litigio, no impide que pueda ser reconocido o ejecutado en España si — conforme a las leyes internas la materia es arbitrable en España.

305. Orden público y arbitrabilidad

La generalidad de la doctrina entiende que la arbitrabilidad es un aspecto del orden público de un país.

Así se ha dicho (1) que el orden público del art. V 2b de la Convención de Nueva York es el orden público interno (2), es decir, las reglas imperativas del derecho interno que son declaradas directamente aplicables a/ la cuestión de saber si el litigio podría o no ser sometido al arbitraje.

y un aspecto de este orden público es el problema de la arbitrabilidad del litigio (3).

NOTAS

- (1) FOUCHARD; op .cit. pág. 114.
- (2) LAGARD, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, París - 1.959.
- (3) Si la jurisprudencia española considerase la arbitrabilidad del litigio como un aspecto del orden público, habría de considerar que se trataría más - bien del orden público internacional. Es decir, habría que denegar la concesión del exequatur a la sentencia arbitral por la razón de la arbitrabilidad del litigio, solo en el caso en que esta chocase frontalmente con las/ concepciones jurídicas sociales y económicas y morales propias de la sociedad española.

De esta manera, además, se podría conceder el exequatur a sentencias arbitrales que tienen su origen en una cláusula compromisoria inserta/ en un contrato que "strictu sensu" no puede ser considerado mercantil por - el Código de Comercio español.

306. Otro sector doctrinal (1) opina que hay que separar ambos aspectos tal como lo hacen las Convenciones Internacionales ya que si no, se vaciaría de contenido la norma convencional.

NOTAS

- (1) REMIRO, op. cit. pág. 160.
- REMIRO, Regla de conflicto y normas materiales de Derecho internacional Privado, Símbolos García Arias, Temis, 33-36, 1.973-74, págs. 605 y ss.

307. En mi opinión, ambos aspectos están evidentemente relacionados aunque no se comprenden, Así un litigio no es arbitrable cuando va contra una ley de orden público. Sin embargo, el carácter arbitrable o no de un litigio no depende solo de esas leyes; así no es arbitrable un litigio que vaya contra la moral o/ contra las buenas costumbres, nociones ambas que el mismo art. 1255 del Código/ Civil o el art. 1271 CC consideran fuera del ámbito de aplicación de orden público .

NOTAS

- (1) ROBERT, Tratado op. cit. pág. 446, 540.
- CREMADES, Panorámica española del arbitraje Comercial Internacional, Madrid 1.975, pág. 39-40.
- FOUCHARD, op. cit. pág. 12-15, 106, 116
- KLEIN, Consideraciones... op. cit. pág. 260.
- ANZILLO III; Rivista di Diritto Internazionale, 1.906, 467.
- SAUSER-HALL, Anuario, 1.952, I, pág. 551 y ss.
- BREDIN, " La Convención de Nueva York de 10 de Junio de 1.958, sería el reco

nocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, CIUNET, 1.980 págs. 1002 y ss.

CAPITULO QUINTO : CAUSA, FORMA Y PRUEBA, INTERPRETACION

PARTE PRIMERA: CAUSA

308. La cláusula compromisoria radica en que las partes concluyen este contrato para eliminar la jurisdicción estatal sometiendo a la jurisdicción arbitral.

PARTE SEGUNDA : FORMA Y PRUEBA

1. CONCEPTO

309. Sabemos que la forma alude al modo de ser del negocio, a la manera de ser, de realizarse, a su exteriorización. No es la forma un elemento esencial del contrato, como las declaraciones de voluntad que lo integran, sino que constituye la vestidura exterior, la manifestación o fisonomía con que aquellos se revelan. Bajo este punto de vista, la forma de la cláusula compromisoria es un requisito que debe concurrir de modo indeclinable para que sea admisible y eficaz. Ahora bien, en general, la forma de cualquier clase de actos puede ser oral o escrita, de manera que en principio todos los actos son formales, aunque conviene distinguir aquellos que adoptan cualquier forma de los que adopta una determinada forma. Se acostumbra a decir que los primeros tienen una forma libre, en tanto que los segundos vienen revestidos de una forma solemne, prescrita por la ley, de modo que la inobservancia de ésta da lugar a la invalidez del acto.

2. FORMA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA INTERNA

310. A tenor de lo preceptuado en el art. 7 de la Ley de 22.XII.53, el contrato preliminar de arbitraje, en lo referente a la forma está sujeto a los requisitos generales que rigen en el Derecho Privado de la contratación.

311. Con ello se zanja la polémica de si el contrato preliminar debía tener necesariamente^o la misma forma que el compromiso.

La doctrina en general, ha entendido que el precontrato no requiere forma especial, aunque la precise el contrato principal.

En cambio (1) algún sector doctrinal, ha pensado que el precontrato, siendo una etapa ya vinculante del contrato proyectado, cuando éste requiere la forma como requisito esencial (como es el caso del compromiso), es necesario que aquel también la tenga.

NOTAS

(1) DE CASTRO, Promesa de contrato..., op. cit., pág. 1174.

312. Algún sector de la doctrina arbitral (1) opina que en cualquier caso, debe observarse, para el pacto compromisorio, la forma escrita siempre por una razón de seguridad, pues si hay discrepancias entre las partes, sería muy difícil su formalización si una de ellas niega su colaboración y no hay constancia de que realmente se concertó. Por otro lado, la cláusula compromisoria prepara un contrato que ha de recogerse en escritura pública.

NOTAS

(1) OGAYAR, El Contrato de compromiso y la Institución arbitral, Editorial de/ Derecho Privado, Madrid, 1.977, pág. 127.

313. En nuestra opinión, es conveniente concluir la cláusula compromisoria por escrito, pero el art. 7 de la Ley de Arbitraje, remitiéndose al Derecho Común/ de las obligaciones, ha consagrado el principio de libertad de forma para la cláusula compromisoria.

314. Por consiguiente, para la validez de la cláusula compromisoria es indiferente que se haya acordado por escrito u oralmente. No hay, por tanto, exigencia legal alguna de escritura.

Si el art. 1278 del Código Civil dice que " los contratos serán — obligatorios, cualquier a que sea la forma en que se hayan celebrado" y el art. 1255 CC añade que " los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y — condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público ", nada obsta para que la cláusula compromisoria pueda ser expresada oralmente y perfeccionada por el mero consentimiento — de los interesados, quienes por esta causa quedarán obligados a respetarla.

315. Si las partes optan por la foma escrita, puede tratarse de documentos públicos, como escrituras públicas, o documentos privados, como por ejemplo documentos mercantiles (pólizas, factura, recibos, albaranes, notas de pedido).

316. En relación con los documentos, se exige en primer lugar que estén firmados por las partes. En este caso, se dice que la firma es indicio de autenticidad, sin necesidad de reconocimiento o prueba pericial que acredite la existencia del consentimiento bilateral, presupuesto subjetivo de la cláusula compromisoria, de tal manera que cualquiera de las partes puede hacer valer el documento frente a la otra parte.

Si por el contrario, el documento solo refleja unilateralmente el consentimiento de una parte, no surte efecto alguno si quien lo hace valer es el mismo sujeto cuyo consentimiento consta documentado.

317. Respecto de la titularidad de la firma del documento presentado como medio de prueba, conviene distinguir (1) las hipótesis en que el documento se entiende firmado por el contrario de las hipótesis de documentos firmados por terceros.

Se presume firmado por la parte todo documento en el que consta la firma del representante, aunque se afirma que el representante se excedió en sus poderes. En cambio, no se puede hacer valer como medio de prueba el documento firmado por un testigo a ruego, ni el documento firmado por la parte pero dirigido a terceros o el dirigido a la parte, pero firmado por terceros.

NOTAS

(1) PELAEZ..., op. cit. pág. 342.

318. Respecto de la modalidad de la firma del documento que se presenta como medio de prueba, éste no pierde virtualidad porque aparezcan tan sólo empleadas las iniciales y la rúbrica, o el sello, membrete, o signos y contraseñas que acrediten que su contenido no puede ser invención de quien lo presenta (1).

NOTAS

(1) La sentencia de 20 de Junio de 1.947 ha reputado eficaz la impresión digital averada por dos testigos.

319. Respecto del lugar del documento en el que se inserta la firma es indiferente también que se haga al pie (1), al margen (2), en el anverso (3), o en el dorso del mismo, siempre que la firma ampare el contenido del documento, aunque la cláusula compromisoria vaya después de la firma o al margen del mismo o al reverso (4).

NOTAS

- (1) Sentencia del 10 de Abril de 1.917
- (2) Sentencia del 14 de Enero de 1.950
- (3) La firma puede aparecer en el anverso y la cláusula compromisoria al dorso del documento. En tales casos, si en el anverso se hace referencia al dorso, vale el documento como medio de prueba. Cfr. Ss. 24.3.19 42 y 22.9. — 1.944. Incluso cuando la cláusula compromisoria aparezca de forma manuscrita en el dorso y el documento venga aceptado en el anverso por medio de un sello. Cfr. ". 30.12.1948. En cambio, cuando la cláusula aparece en el reverso del documento, que no aparece firmado sino tan solo el anverso y en éste no se alude al dorso, entonces no puede constituir el documento medio de prueba porque no se atestigua con la firma la conformidad con la cláusula compromisoria, C.f.r. S. 5.11.4. 1.942. Igualmente cuando la cláusula — compromisoria, se inserta al dorso no firmado de un documento y en el anverso no se hace referencia a aquel, tampoco constituye el documento medio de prueba. Cfr. S. 4.1.1.936. Por el contrario hay medio de prueba cuando la firma va al margen del anverso de un documento y la cláusula compromisoria se inserta al dorso y en aquel se alude a éste. Cfrs. S. 26.9.1.933.

320. Se exige que el documento, si no viene firmado por la parte contraria al/ que lo presenta, venga, sin embargo, reconocido por aquella(1). Se considera — que existe dicho reconocimiento o aceptación del documento en el que aparece — una cláusula compromisoria cuando este no es expresamente impugnado, es decir, — si su certeza no la impugna procesalmente la parte contraria a quien se afecta.

Se reputa que no constituye impugnación la tacha del documento como ineficaz, la negociación de la existencia o legitimidad del contrato o documento y la alegación del comprador de rechazar dos expediciones de mercancías — so pretexto de que el género no reunía las condiciones requeridas. (2).

NOTAS

- (1) Se habla en tales casos de aquiescencia.
 - (2) Sentencia del 13 de Junio de 1.964 ha declarado que el documento en el que se contiene la cláusula de sumisión debe estimarse como medio de prueba — deducido de las cartas remitidas por el comprador de que recibía las mercancías confirmando el pedido, aunque alegare que no había encargado tanta o que había llegado falta de peso.
- La jurisprudencia francesa también se ha planteado la cuestión, — pero distinguiendo dos supuestos:
- a) Que las mercancías hayan sido remitidas por el comprador antes de que — este reciba la factura en cuyo caso el rechazo de aquellas implica la intención de no negociar y de no aceptar la factura. b) Que las mercancías hayan sido remitidas por el vendedor después de enviar al comprador la — factura. En este caso, si el comprador no protesta la factura, pero rechaza posteriormente las mercancías que le han sido expedidas por vicio re—

dhitorio, defecto de conformidad u otro motivo ¿quiere decir que el hecho de rehusar las mercancías y aceptar la factura anula la cláusula compromisoria que se inserte en ésta?. La jurisprudencia se ha pronunciado en este segundo supuesto declarando que cuando la factura es aceptada sin hacer protesta de ella, la cláusula debe entenderse tácitamente consentida.

321. Del mismo modo el reconocimiento del documento en el que se contienen la cláusula compromisoria puede deducirse de la correspondencia epistolar de las partes (1) especialmente cuando se aportan cartas, copias o duplicados (2) de las que se infiere que se han realizado operaciones mercantiles entre las partes constitutivas de un contrato (3) sobre todo si como sucede en la mayoría de los casos se utilizan por ambas partes documentos iguales (4) aunque se arguya/ que tienen distinto carácter (5)

NOTAS

(1) Cfr. Sentencia de 27 de Abril de 1.920.

(2) Cfr. Sentencia de 10 de Junio de 1.920.

(3) La S. de 7 de Marzo de 1.928 declaró así mismo que las copias aunque no aparezcan firmadas, si coinciden con los originales firmados, constituyen medio de prueba reveladora del contrato que los demandado no niegan que se celebrara, sino que alegan únicamente no haber llegado la mercancía en el plazo señalado

(4) La Sentencia de 5 de Julio de 1.960, ha sentado que la coincidencia de la fórmula de la cláusula en una factura y dos albaranes hace que a pesar de no estar firmada la factura por el comprador pero al estar firmado un albarán aunque no se transcribió al ser copiado en los documentos, no puede por/ menos estimarse que tal pacto se tuvo presente al contratar.

(5) Sentencia de 24 de Junio de 1.927

322. Pero a pesar de no venir el documento que se aporte por una parte ni firmado, ni reconocido por la contraria, exigencia primordial para que alcance valor/ de medio de prueba, puede, sin embargo, adquirir dicho valor si se remite a otro documento (1) o viene ratificado por otro medio de prueba, por ejemplo, una segunda carta o una nota o talón, siempre que aquella esté firmada o reconocida o éstos hayan sido emitidos por los factores o agentes de empresas de transportes públicos o privados.

NOTAS

(1) La remisión a otro documento, por ejemplo, un reglamento en el que consta la sumisión destruye la negativa del demandado respecto de la existencia de la sumisión y del contrato.

323. Claúsula compromisoria impresa, mecanografiada y ológrafa .

La cláusula compromisoria puede aparecer escrita en un documento, impresa, mecanografiada o manuscrita. El lugar del documento en que suele — aparecer por lo general es el final del mismo, bien formando parte de las condiciones generales de compra o venta, seguros, transportes, etc. Pero puede — insertarse también dicha cláusula en el margen, o como ocurre frecuentemente/ en el reverso de la factura, nota de pedido, o de envío, bonos, vales resguardos o similares.

En principio, se atribuye a las cláusulas impresas y mecanografiadas la misma autoridad que a las cláusulas manuscritas. El argumento deriva — del hecho de que la legislación admite que los documentos sean escritos por — otra mano diferente de la de las partes. Así se reconoció por R.O. de 28 de mayo de 1.904 por la que se ordenó que se admitieran en los tribunales y juzgados los escritos y sus copias hechos con máquina de escribir y por el artículo Único del Decreto de 8 de Agosto de 1.958 por el que se facultó a los notarios para la mecanografía de los instrumentos públicos, entre otras disposiciones . Consecuentemente, no se puede establecer distinción, en cuanto al valor a atribuirles, entre las cláusulas manuscritas y las impresas. La firma — del documento equivale al consentimiento prestado a todas las estipulaciones/ que se cubren por ella, lo que presupone un previo conocimiento de las mismas. El que acusa recibo de una factura se entiende que ha aceptado todas las cláusulas manuscritas o impresas que en la cabeza, cuerpo o margen de la misma — aparezcan.

Ahora bien, la cuestión se origina cuando aparece contradicción — entre las cláusulas de sumisión, impresas o mecanografiadas y las manuscritas. Las hipótesis a distinguir son las siguientes: que un mismo documento albergue una cláusula de sumisión impresa y otra manuscrita contradictoria; que, la cláusula impresa se inserte, en un documento posterior a aquel en que se encuentra la cláusula manuscrita. En los documentos intercambiados entre proveedor y — cliente: suelen ser frecuentes las contradicciones.

En cuanto al primer supuesto, no cabe duda de que las cláusulas ma nuscritas destruyen el valor de las cláusulas impresas contenidas en el mismo - documento, siempre que entre ellas exista contradicción. De la contradicción - se beneficia la cláusula particular que es la manuscrita.

Así ha declarado la jurisprudencia que cuando en un contrato las - partes sustituyen algunas cláusulas impresas por otras manuscritas, éstas ex - presan la voluntad concertada, perdiendo su influencia las anteriores si hubie re oposición entre unas y otras. La razón no es otra sino la de que la cláusula manuscrita siempre será posterior a la impresa y de este hecho se deduce que - es más inmediata la exteriorización de la voluntad por cláusula manuscrita que por cláusula impresa.

I

Ahora bien, para que la cláusula manuscrita prevalezca sobre la - impresa habrá de hallarse aceptada por la parte a quien afecta o frente a la - que se opone. O al menos ha de aparecer salvada la razón de la divergencia. Por esta causa no producirá eficacia la cláusula compromisoria impresa en la que - aparece tachado por una raya manuscrita algún elemento del contenido de la mis ma, si no aparece el motivo de la tachadura y su conformidad o dicha tachadura no se encuentra en el ejemplar que presenta una de las partes. Con ello no se - pretende otra cosa sino la de impedir que surta eficacia la cláusula en la que por obra de uno solo de los interesados se introduzcan determinadas alteracio - nes o modificaciones. Ciertamente, la cláusula manuscrita se considera con ma - yor fuerza que la impresa contradictoria. Asimismo, la cláusula manuscrita pre valece sobre la oscuramente redactada impresa. Y ello es normal porque la cláu sula manuscrita reclama mayor atención por resaltar más el documento impreso.

La segunda hipótesis trata de examinar el problema que origina la/ cláu sula impresa contenida en un documento posterior a aquel en que se encuen tra la cláusula manuscrita. A salvo siempre el acuerdo previo sobre el valor - otorgado a las cláusulas impresas o manuscritas por las propias partes o las - situaciones primitivamente adquiridas. No cabe duda que de una cláusula impre - sa si es aceptada puede modificar la cláusula compromisoria manuscrita anteri - ormente recibida, y que, en determinados casos, la cláusula compromisoria con -

tenida en una factura impresa, no puede variar las condiciones primitivas, sobre las que las partes quedaron de acuerdo, porque ello podría conducir a la revocación unilateral del pacto compromisorio. Del mismo modo, una carta de confirmación del comprador o del vendedor al solo objeto de consolidar o confirmar el contrato no puede modificar el acuerdo de sumisión sino tan solo añadir precisiones de detalle o clarar la interpretación de algún punto. Si se trata-
ra de alterar la sumisión convenida, el silencio de la parte que recibe la carta o factura en la que se pretende imponer el nuevo acuerdo no puede deducirse como aceptación del mismo.

El problema como se aprecia, por su inagotable contenido (1) no es tan fácil como a primera vista pudiera creerse. Su solución más justa depende-
rá del criterio que se siga respecto de la formación del contrato y, por consi-
guiente, de la perfección del acuerdo de sumisión..

Hay quien opina que la factura dirigida ulteriormente por el vende-
dor al comprador no debe contener ninguna cláusula compromisoria, porque se —
considera que la factura es un documento unilateral posterior al contrato, que
liga a las partes tan sólo cuando el comprador la ha aceptado, encuyo caso no/
puede cambiar la cláusula de sumisión contenida en el contrato; y porque se en-
tiende que la factura ni por su naturaleza ni por su objeto tiende a la forma-
ción de un contrato, sino sólo a su ejecución, de donde se desprende que es —
tan sólo un instrumento de control cuyo uso pertenece al comprador. Según esta
teoría la factura no puede dar lugar al nacimiento de una convención ni modifi-
car los términos de la convención anterior. Su aceptación por el comprador no/
implicaría la inserción automática en el contrato primitivo de las cláusulas —
complementarias, ni modificación de las primitivas, entre otras razones porque
con ello se trata de evitar las maniobras de última hora del vendedor, tanto —
más fáciles de disimular cuando ellas se ocultan por medio de cláusulas impre-
sas, minúsculas y anodinas, que no recaban la atención del comprador, sobre to-
do si no es comerciante.

Pero hay quien defiende, por el contrario, que la factura puede —
utilizarse para documentar la interpretación que el vendedor da al contrato e
para completarlo. En este caso hay que distinguir según que el contrato conten

ga la cláusula de sumisión o no. En el primer supuesto si en el contrato se es tipula una cláusula y en la factura aparece otra contradictoria, ésta no puede cambiar aquélla, salvo por aceptación expresa del comprador. Por el contrario, si en el contrato nada se dice acerca de la sumisión a la jurisdicción arbi- tral y en la factura se introduce una cláusula sumisoria, ello significa que - el vendedor interpreta o complementa aquél y si el comprador que recibe la fac- tura no protesta hay que concluir que acepta esta interpretación y deducir de/ este silencio el acuerdo, sobre todos si se trata de comerciantes, ya que es - difícil admitir que la recepción de una factura no seguida de una protesta rá- pida implique aceptación de las cláusulas de competencia impresas a menudo con demasiada discreción. La investigación de la intención común de las partes es en esta hipótesis absolutamente primordial para determinar la validez del acuerdo, si éste fue una condición sine qua non del contrato.

Por último también puede preverse el supuesto de que dos cláusulas contradictorias se revelen impresas mecanografiadas o manuscritas en un mismo/ documento. La hipótesis es puramente teórica, porque supondría una inadverten- cia rara.

NOTAS

(1) PELAEZ, op. cit. pág. 300.

324. La cláusula compromisoria puede contenerse en el contrato original o en/ uno accesorio, o en documentos separados producidos anterior o posteriormente a aquellos. Podrá consignarse, por consiguiente, en una escritura pública, en un documento privado, en un acta notarial, o en cualquier documento de otra natu- raleza.

En todo caso, existe una profunda diferencia funcional y de estruc- tura entre el contrato y la cláusula o, mejor, el contrato procesal que se insc- ta en él.

También puede aparecer la sumisión hecha con relación a unos esta- tuto, o a determinado reglamento.

325. Cabe además probar la cláusula compromisoria por los otros medios de prue- ba distintos de los documentales, previstos en el art. 578 LEC y art. 1215 CC

(1)

NOTAS

- (1) FENECH, Lecciones de Doctorado, Curso 80-81 opina que no cabe probar la — existencia de la cláusula compromisoria por medio de testigos y que es totalmente necesario la conclusión del pacto compromisoria en un documento — escrito.

326. La jurisprudencia francesa, con respecto a la cláusula compromisoria y al compromiso, ha sostenido que siendo contratos consensuales, pueden ser probados por todos los medios de prueba legalmente establecidos.

La Cour d'appel de París, en sentencia de 27 de Marzo de 1.962 sos tuvo que:

"El compromiso no es un acto formal en el derecho francés, al contrario, es puramente consensual y la prueba de su existencia puede hacerse por todos los medios, siendo la prueba documental tan solo uno de ellos. La designación de los árbitros por la cláusula compromisoria, así como la fijación de los objetos en litigio, manifiestan de manera inequívoca que las partes tienen voluntad de comprometer".

Anteriormente, la jurisprudencia francesa había sostenido que el — compromiso debía ser probado por escrito .

3. FORMA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL

327. En el mismo sentido de libertad de forma (1) el Convenio de Ginebra sostiene en su art. I.2. a) " a los fines de la aplicación del presente convenio, se entenderá por : acuerdo o compromiso arbitral bien sea un a cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresos, y en las relaciones entre Estados — cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes ".

NOTAS

- (1) GOLDMAN, Arbitraje internacional y Derecho Común de las naciones, Rev. Arb. 1.956, pág. 121.

321. Como ejemplo de cláusula compromisoria oral en el marco de la Convención - de Ginebra podemos citar el siguiente supuesto:

"Las partes habían suscrito un contrato y en el mismo no se hacía mención del arbitraje. El demandante manifestó que en una reunión de las partes que tubo lugar con posterioridad al contrato se había manifestado verbalmente el deseo de someter las diferencias contractuales que pudieran surgir en el futuro a la Cámara de Comercio Internacional.

El arbitraje, por acuerdo de la Corte de Arbitraje de la CCI, debía tener lugar en París, por lo que resultaba de aplicación al procedimiento el Derecho francés. La parte demandante, de conformidad a éste, presentó prueba, testifical sobre el sometimiento verbal al arbitraje de la CCI; la demandada prefirió permanecer en rebeldía estratégica respecto al procedimiento, por lo cual, no presentó su correspondiente prueba testifical; el Tribunal arbitral se estimó competente al afirmar la validez del arbitraje fundado sobre un convenio arbitral de tipo verbal"(1).

NOTAS

(1) Citado por CREMADES, Estudios sobre Arbitraje, Pons, Madrid, 1.977, pág.154 329. A su vez el art. II.2 del Convenio de Nueva York declara que " la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidas en un canje de cartas o - telegramas".

Con esta norma material (1), el Convenio de Nueva York ha abandonado (2) la senda que hacía de la validez formal del acuerdo arbitral una condición - del reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral a la que ya sería aplicable el Convenio, para convertirla en una de las coordenadas de su campo de aplicación, en una de sus paredes, exteriores. Se ha renunciado a verificar esa validez según una ley estatal designada en virtud de una regla de conflicto, unificada o dejada al arbitrio de cada foro, para regularla directamente. En lugar del método conflictual, incapaz de superar la heterogeneidad de soluciones materiales se ha adoptado una regla uniforme llamada, no sólo a liquidar esa heterogeneidad, sino también a bloquear sin necesidad de recurrir a la noción de orden público

la aplicación de las normas de las legislaciones estatales más ritualistas que/ aún conservan como una reliquia la exigencia de formas auténticas para el acuerdo arbitral. Para la aplicación del Convenio de Nueva York bastará con que este acuerdo sea escrito, sin más.

NOTAS

(1) Cfr. art. II. 1.

(2) REMIRO, op. cit. pág. 69.

33c El Convenio de Nueva York admite el requisito de forma escrita para la cláusula como Forma ad validitatem. Esto nos obliga a examinar la diferencia entre/ la forma ad validitatem y la forma ad probationem

331. Si se exigiera para la validez de la cláusula compromisoria en todo caso la escritura (como es el caso del Convenio de Nueva York) y así se prescribiera - por la ley, el documento que al efecto suscribieran las partes sería, no tanto - un medio de prueba, sino un elemento esencial del contrato, de manera que su falta no solo lo haría inválido, sino también inexistente. En tal caso, si la cláusula compromisoria se hiciera constar en un solo ejemplar, firmado por uno solo de - los interesados, ninguno de ellos podría invocarlo, ni siquiera con el consentimiento de quien no lo hubiera firmado, porque sus efectos vendrían regulados por el ordenamiento jurídico, y precisamente por ello no sería jurídicamente un válido encuentro de voluntades. El acuerdo sería radicalmente nulo y la parte que no lo hubiera firmado no podría sanar dicha nulidad firmándolo sucesivamente, a menos que existiera el consentimiento de la otra en aquel momento.

No obstante, en muchos casos se establece en las relaciones jurídicas la forma escrita con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado - únicamente a través de la forma señalada. La escritura se establece, no a efectos formales o de validez, sino tan solo a los efectos de prueba.

Tal fenómeno ocurriría en los supuestos del art. 1280 CC español, en los que la forma ad probationem solo dejaría sentir su influencia respecto del negocio contraído cuando al reclamar ante los Tribunales por cualquier razón ligada con el mismo, hubiese que probar la existencia de éste.

332. Por consiguiente, según el Convenio de Nueva York, una cláusula compromisoria puede ser concluida en :

1. Un documento público, como una escritura pública.
2. Un documento privado.

No puede haber aceptación tácita a la propuesta de concluir un pacto compromisorio, aunque aquella fuera posible para el contrato principal o incluso si la parte que no ha firmado la convención arbitral ha ejecutado el contrato principal.

Por supuesto, y en esto la Convención de Nueva York ha recogido la práctica internacional comercial, la cláusula compromisoria puede ser concluida en un canje de cartas o telegramas.

En consecuencia, la forma escrita es constitutiva de la cláusula — compromisoria. Según la Convención de Nueva York, si no hay documento escrito — no hay pacto compromisorio.

333. El nuevo derecho francés ha seguido esta tendencia de una manera radical.

El art. 3 del Decreto de 14 de Mayo de 1.980 declara que :

"La cláusula compromisoria debe, bajo pena de nulidad, ser estipulada por escrito en la convención principal o en un documento al — cual el contrato principal se refiera".

En el mismo sentido el art. 2 de la ley Uniforme Europea en materia de arbitraje, el cual dice textualmente que :

"Todo acuerdo arbitral debe hacerse por escrito firmado por las partes o en otro documento en que las partes se comprometan y manifiesten su voluntad de recurrir al arbitraje".

334. Esto plantea un problema muy interesante con respecto a la ley de 22.XII.53

Esta ley es más liberal que la convención de Nueva York en materia — de forma. ¿Cabría entonces aplicar el art. VII. 1 de la Convención a tenor del e cual "las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de — los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni — privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera te-

ner a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque? ¿Cabe que quien es parte en una cláusula compromisoria verbal alegue este artículo para pedir la aplicación de la ley de 22. XII.1.953 en materia de forma? Existen dos opiniones al respecto.

La opinión negativa⁽¹⁾ estima que no es admisible la utilización del art. VII. 1. del Convenio para ensanchar su campo de aplicación.

Dicho precepto sobreentiende precisamente que éste ha sido delimitado y trata de ofrecer a las sentencias en él incluidas las ventajas de una legislación interna eventualmente más favorable. Con otras palabras, lo que pretende significar el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York es que las decisiones dictadas como consecuencia de un acuerdo arbitral por escrito, ajustado a lo dispuesto en el art. II. podrán beneficiarse no sólo, del régimen del reconocimiento y ejecución previsto por el Convenio, sino también de las condiciones más propicias establecidas por la ley del foro: no quiere decir, en cambio, que las sentencias que son el fruto de un acuerdo arbitral no escrito, a las que, en su caso, podrá aplicarse la legislación interna del Estado, quedan sometidas al Convenio de Nueva York (2).

NOTAS

(1) REMIO, op. cit... pág. 73-74

(2) GOODMAN, El Arbitraje... op. cit... págs 59 y ss.

Otro sector doctrinal opina afirmativamente (1): cabe aplicar el art. VII. 1 en caso de una ley interna más liberal .

NOTAS

(1) FOUCARD, op. cit. pág. 82. MEZGUER, Note, Revue de l'Arb. 1.962, pág. 137
335. Opinamos que la solución más acertada es la primera: la aplicación del art. VII. 1 de la Convención presupone necesariamente un acuerdo arbitral por escrito
336. Orden público y forma del pacto compromisoria

La jurisprudencia española ha considerado la ley de 22. XII. 53 como de orden público. Consecuentemente, cualquier cláusula compromisoria no interna/ debía ser formalizada en escritura pública para que la sentencia arbitral fruto/

de aquella pudiera tener eficacia en España.

Así el Auto de 13 de Mayo de 1.971 declara en su último considerando que :

"En último término y como el propio Ministerio Fiscal acusa, ese — llamado arbitraje emitido en Londres no se ajustó a las prescripciones de la Ley española en nuestra nación a tenor de lo dispuesto en el art. 3º. "

Es decir, que un arbitraje que nace de una cláusula compromisoria — sometida al Convenio de Nueva York sin una posterior normalización en escritura pública del compromiso no podría tener valor en España (1)

NOTAS

(1) Hemos dicho ya varias veces pero conviene volver a repetirlo una vez más que el orden público del Convenio de Nueva York es el internacional. Por tanto, no se puede confundir el orden público interno (al cual pertenecería la — ley de 22 de Diciembre de 1.953) con el orden público internacional, o sea todas las normas imperativas de necesaria observancia en el tráfico interno con el núcleo esencial de los principios.

337. En el mismo sentido el Auto de 4 de Marzo de 1.964, el cual en uno de sus/ considerandos (que le sirve al Tribunal Supremo para no conceder el exequatur) dice que :

"El compromiso se contrajo por medio de unas cláusulas de adhesión impresas en varias notas de pedidos de mercaderías y no por escritura pública, como lo exigen los artículos 16 y concordantes de la/ ley de Arbitrajes de Derecho Privado".

338. Esta situación debe cambiar radicalmente por el nuevo Ordenamiento Convencional español. Ahora bien esto supone un cambio de mentalidad en los jueces españoles y para que se produzca es necesario una nueva ley de Arbitraje que recoja las más modernas técnicas arbitrales del Derecho Comparado y del Derecho Internacional y que los jueces se familiaricen con ellas.

339. Aunque parece que este cambio de mentalidad, ya se está empezando a notar.

Así al menos lo demuestra el importante Auto de 11 de Febrero de — 1.981 en el cual, para la concesión del exequatur de la Sentencia arbitral ex—

tranjera fruto de una cláusula compromisoria no se exigió la formalización de un compromiso en escritura pública.

En uno de sus Considerandos declara que :

" El origen de las presentes actuaciones está en un contrato de fletamento celebrado en Madrid el día 21 de Enero de 1.976, por el que la casa filandesa X, armadora y propietaria del buque (que es la solicitante del exequatur) convino con la empresa española Y S.A. (que se opone a la ejecución) el transporte en dicho barco de 600 Tm. de pescado congelado que la segunda debía llevar — hasta Port Harcourt (Finlandia) estableciéndose una penalidad — por demás de 1.800 dólares USA, por cada día de retraso, la póliza correspondiente consta en el modelo oficial aprobado por la — Conferencia Marítima Internacional y del Báltico de Copenhague — de 1.922, modificados en 1.974 (con la forma llamada GENCON) firm gurando extendida para las dos partes, siguiendo sus respectivas/ instrucciones, por un agente marítimo oficial y contiene una cláusula que es la 26 donde se dice expresamente que cualquier disputa (any dispute) que surja, antes o durante la ejecución del fletamento , será dirimida en Londres mediante arbitraje... "

Dicha cláusula ha sido estimada perfectamente válida por el Tribunal Supremo.

340. Ley aplicable a la forma .

Este problema está relacionado con el exterior, en cuanto al hecho de la intervención de la ley interna en materia de forma .

¿ ue sucedería si se pretendiese la ejecución de una sentencia arbitral en España dictada en un Estado extranjero cuya ley de arbitraje prevé — una forma solemne para la Convención arbitral? O incluso ¿que sucedería si se pretende la ejecución de un laudo extranjero, según el Convenio de Nueva York/ que es fruto de un compromiso no concluido en forma solemne? habría que acudir al Derecho Conflictual español.

El art. 11 del Título Preliminar dice :

" 1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos, y — demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforma a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen ".

Es decir, que se aplica la regla LOCUS REGIT ACTUM. Pero a continuación, se dice que las partes pueden derogarla si lo desean y aplicar la ley del contenido, es decir, la ley de la autonomía (1)

NOTAS

(1) La doctrina, está generalmente de acuerdo con esta solución. Ver KLEIN, Consideraciones., op. cit., BATIFFOL, Contratos. op. cit. nº. 427.

En el mismo sentido la jurisprudencia francesa CIV, 20 de Enero de/ 1.909, nota politis, dunnet 1.909.

París, 29 de Abril de 1.959, Cuaplum, Clunet, 1.960, 128, nota GOULD MAN Tribunal Grand. Instance Seine, 23 de Febrero de 1.961, 27 de Marzo de 1.962, Rev. Arb., 1962, 45.

341. Esta reaparición de la ley de la autonomía en el campo de la forma de la cláusula compromisoria no parece injustificada a algún sector doctrinal (1) ya que, el Derecho Convencional formado por los Tratados de Nueva York y Ginebra — no han fijado una norma de conflicto especial en cuanto a la validez formal de la cláusula compromisoria y se puede deducir que la ley de la autonomía aplicable a la convención arbitral en general, es la competente para regir su forma.

NOTAS

(1) FOUCHARD, op. cit. pág. 85.

PARTE TERCERA : INTERPRETACION

342. Es de incumbencia de los jueces determinar el sentido exacto de la cláusula compromisoria, o deducir si el consentimiento quedó claramente expresado pa-

ra admitir o no la validez de la cláusula compromisoria. Así la sentencia de 14 de Mayo de 1.962 declara que :

"La interpretación de los contratos es de la exclusiva voluntad de la sala sentenciadora, debiendo prevalecer sobre la interesada del recurrente , a menos ~~que~~ se demuestre que no es racional y que de modo patente infringe las reglas de la hermeneútica legal ".

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1.963 sostiene que :

"La interpretación del contenido y alcance de los negocios jurídicos y demás declaraciones de voluntad, según reiteradísima y conocida doctrina de este Tribunal a función primordial de las Salas de Instancia, y a su discernimiento, debe estarse en casación mientras no resultase violento y arbitrario fuera de toda ~~exégesis~~ exégesis racional."

343. La jurisprudencia del TS, con respecto al arbitraje ha tenido ocasión de — aplicar esta doctrina .

La Sentencia de 15 de Marzo de 1.979 dice :

"Que es doctrina reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos corresponde al Tribunal de Instancia, sin que sea lícito al recurrente sustituir por el suyo propio el más autorizado criterio, objetivo e imparcial de aquel , si bien la aceptación de la interpretación así hecha queda condicionada a que sea lógica y acorde/ con los términos contractuales y la intención de los contratantes , - de tal modo que una labor interpretativa no contradiga la letra y el espíritu de lo convenido, debiendo hacerse la interpretación conforme a las normas de hermenéutica contenidas en los art. 1281 y ss. del Código Civil.

Y en el caso objeto de este recurso, a la vista del contrato de/ la compraventa suscrito por los litigantes en 8 de Agosto de 1.970 y con relación a la cláusula 6ª del mismo, ha de llegarse a conclusión contraria a la deducida por el Tribunal Sentenciador de instancia, - el cual estima que el contenido literal de la misma -"Para todas cuantas divergencias o problemas puedan suscitarse con motivo del presente contrato de compraventa, las partes contratantes se someten de mu-

tuo acuerdo a la intervención de hombres ~~buenos~~ en la forma y manera determinadas por la ley " Constituye una específica y terminante cláusula compromisoria por la que las partes deciden someterse a un/ procedimiento de arbitraje de Derecho Privado, pues ha de tenerse - en cuenta que para que tal cláusula revelase la clara e indiscutible voluntad de aquellas al sometimiento de ese arbitraje regulado por - la ley de 22 de Diciembre de 1.953 era necesario que los términos de la misma no ofreciesen la menor duda de que las partes quisieron fue, previa formalización del compromiso, la de someterse a la decisión - de terceras personas sobre las divergencias surgidas en la interpretación o cumplimiento de dicho contrato, y esta sumisión previa a - tal resolución decisoria de los árbitros no aparece en la cláusula + litigiosa, en la que solamente aceptan los contratantes la intervención de "hombres buenos ", lo que contrariamente a lo que la resolución impugnada expresa, da lugar a la ambigüedad de dicha estipulación por falta de claridad en sus palabras, como se hace ver en la - resolución dictada en primer grado, pues de ellas no se deduce una - expresa aceptación previa y necesaria sumisión a un procedimiento arbitral que resuelva el conflicto suscitado, ya que la expresión "hombres buenos" no puede estimarse necesariamente como equivalente a - la de árbitros de derecho o de equidad que según la ley anteriormente mencionada son quienes han de resolver las cuestiones sometidas a su decisión.

Y sabido ~~es~~ que el arbitraje ~~es~~ una institución eminentemente - formal, con requisitos esenciales y de ineludible cumplimiento, uno/ de los cuales y el primero de ellos es el otorgamiento del contrato/ de compromiso, por el cual los interesados acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero o terceros que formalmente designen y en el caso presente no se habla de decisión sino de intervención de hombres buenos, lo que parece indicar una mediación para conseguir un acuerdo entre las partes, pero sin resolución vinculante,-

que necesariamente ha de interpretarse como una cláusula de un arbitraje impropio del que el preámbulo de la ley de 22 de Diciembre de 1.953 alude y que el art. 3º. de ella previene, por no ajustarse a las prescripciones legales, arbitraje impropio insuficiente para/ con base en él eliminar la competencia jurisdiccional de los Tribunales de justicia, pues tal pacto no puede considerarse como verdadero arbitraje al no aparecer en él una previa sumisión a la decisión de las terceras personas, requisito esencial en el arbitraje en sentido propio, pudiendo por tanto estimarse la cláusula objeto de este recurso como una iniciación del arbitraje impropio a que el citado art. 3º. se refiere, pero no como la cláusula compromisoria a que los arts. 6º., 7º., y 8º., de la citada ley aluden".

344. En la misma línea la jurisprudencia francesa declara que es de competencia soberana de los jueces la interpretación de una cláusula compromisoria . " ' "

La Cour de Cassation (2º Ch. Civ.), arrêt de 24 de Febrero de 1.965 dice que :

"La Cour D'appel aprecia soberanamente la intención de las partes de someter a la jurisdicción arbitral, y no a unos mandatarios, una controversia susceptible de dar lugar a un arbitraje".

345. Este poder de interpretación de la cláusula compromisoria pertenece también por derecho propio, a los árbitros ya que son también jueces. Indirectamente sanciona este poder L'arrêt de 8 de Marzo de 1.960 de la Cour d'appel de París (1º cl. suppl.) cuando sostiene que :

"La interpretación de la voluntad de las partes realizada soberanamente por los árbitros durante el proceso arbitral tiene un carácter declarativo y se inserta jurídicamente en la convención arbitral".

346. Sin embargo, para evitar todo tipo de dudas sería interesante que en la propia cláusula compromisoria, las partes dieran al Tribunal Arbitral el poder de interpretar el contrato arbitral y también el contrato principal.

347. La misma doctrina hay que mantener en el caso de una cláusula compromisoria convencional .

"El fijar el sentido y el contenido del contrato arbitral resulta de particular importancia (1) porque los árbitros solo reciben su poder en la medida que las partes lo han establecido y condicionado. El límite de la competencia arbitral se encuentra en los términos del acuerdo. La extralimitación de su contenido puede acarrear la nulidad de la sentencia arbitral o la denegación de su reconocimiento y ejecución en país determinado.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 349.

348. El poder para interpretar la cláusula compromisoria convencional le viene - al árbitro implícitamente dado por su función jurisdiccional de zanjar una controversia conforme a las previsiones y deseos de las partes. Lo mejor, desde luego, es que las facultades de interpretación se contengan expresamente en la redacción de la cláusula compromisoria.

Las fórmulas recomendadas por las Instituciones de Arbitraje así lo determinan, dando a las mismas una amplitud suficiente para cubrir la posible gama de eventualidades que pudieran derivarse de la ejecución e interpretación - del contrato principal .

Dentro de un arbitraje ad hoc, es asimismo recomendable que la cláusula compromisoria sea lo suficientemente amplia como para albergar esta facultad. Indirectamente, la posibilidad de interpretar el contrato principal y el pacto compromisorio en sentido estricto se encuentra en la remisión por las partes - a una ley procesal, que si permite esta facultad. El caso es claro cuando la remisión se hace a una ley nacional de procedimiento o a un reglamento institucional , que tienen previsto.

En cierto modo, esta ley o Reglamento se incorporan al contrato arbitral, y son, en consecuencia, una manifestación indirecta de la voluntad de las partes en cuanto al alcance del poder de interpretación de los árbitros. También/ sucede que bien sea por aplicación de una norma procedimental que reconoce "in genere " este poder, bien sea, a partir del Convenio Europeo de 1.961, por una -

regla material de Derecho Internacional, la interpretación de la cláusula compromisoria forma parte del examen de la propia competencia de los árbitros y le debe ser ^{por} consiguiente, reconocida con amplitud esta facultad a reserva del control/ eventual por el foro, en el procedimiento de exequatur o en acción de anulidad - de la sentencia arbitral. Por otro lado, parece no existir dificultad en admitir que, en todo caso los árbitros disponen de poderes para interpretar tanto la cláusula compromisoria como el contrato principal;

Cuando una controversia enfrenta a las partes sobre la diferente manera de entender los términos de contrato principal, el poder de interpretación - del mismo, forma parte del núcleo mismo de la función jurisdiccional. En todo caso, los árbitros interpretarán el contrato principal en función de las reglas de conflicto establecidas en el Derecho positivo de las Convenciones, que hacen prevalecer el principio sobre el Sistema conflictual del foro, tanto arbitral como/ judicial ".

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit... pág. 349. y ss.

349. De la cláusula compromisoria se ha de deducir claramente la intención de - las partes de someterse a la jurisdicción arbitral. Por ello, nada obsta que la/ cláusula aparezca manuscrita o impresa, en idioma castellano, catalán, gallego o/ vascuence, o con faltas de ortografía, siempre que se manifiesta claramente esa/ voluntad de las partes.

350. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1.951 sostuvo que hay que acudir ante todo a la intención de las partes más que al sentido literal de los/ términos.

"Según aparece de los términos del Convenio celebrado el 5 de Mayo - de 1.943 y de su adición, los interesados se obligaron " a no acudir bajo ningún aspecto a los Tribunales de justicia para dirimir las - cuestiones que entre ellos pudiesen surgir con motivo del contrato", sometiéndose al arbitraje del padre C, superior de la Residencia de/ Padres P. de S. y en defecto de este -por no querer o no poder acep-/ tar el cometido - al Abogado del Estado Sr. D. siendo de tener en -

cuenta que según declara el Tribunal de Instancia, sin que su declaración se impugne en el recurso por la vía nº. 7 del art. 1692 LEC - el primero de los mencionados señores carece de la condición de letrado; y si en la interpretación de los contratos más que a la interpretación rigurosa y gramatical de las palabras debe atenderse en su espíritu, parece manifiesto que al ser designada en primer lugar para dirimir las posibles controversias una persona que carece de la condición de letrado resultaría contrario a los principios de la lógica entender que el propósito de las partes era el de acudir al juicio regulado por los arts. 70 y ss. LEC ("del juicio arbitral") ya que el mencionado precepto exige en los árbitros aquella condición como requisito indispensable para actuar con carácter de tales"

351. Un problema interesante de interpretación se plantea cuando se trata de indagar la común voluntad de las partes en la cláusula compromisoria sobre su elección de un arbitraje de derecho o de equidad.

352. La ley de 22 de Diciembre de 1.953, presume el arbitraje de Derecho. Así su art. 4 dice que :

"en lo sucesivo no existirá más de un tipo de arbitraje de Derecho - Privado, ya deban fallar los árbitros con arreglo a Derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender.

En la escritura de compromiso las partes podrá optar por una u otra de estas soluciones, del modo que se establece en esta ley; pero la opción producirá solo las diferencias especiales que en ella se admiten expresamente. Se entenderá que las partes optan por un arbitraje de Derecho cuando nada dijeren en contrario".

En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1.960 el recurrente alega que no se determinó en el auto acordado la formalización del compromiso si el laudo debía ser de derecho o equidad.

El Tribunal Supremo contesta, a uno de los considerandos de esta Sentencia que:

"Si bien es cierta esa falta de expresión, ella no tiene el efecto que se le quiere dar (nulidad del laudo) ya que no era necesario - hacerlo constar expresamente, pues en la cláusula séptima de esa escritura inserta literalmente en el escrito de formalización del recurso se pacta como preliminar convenio de arbitraje que cualquier duda o discrepancia que pueda suscitarse entre las partes acerca - del cumplimiento de aquel contrato, la someterán a la decisión arbitral para que tres personas, "las resuelvan con sujeción a su le al saber y entender", frase esta última que por estar ya empleada/ para designar el principio que había de informar el juicio de los antiguos amigos componedores por el art. 833 sustituido por la/ ley de 22 de Diciembre de 1.953 y haber pasado al art. 4º. y 17 nº. 5 de esta como característica del arbitraje de equidad, revela con toda claridad el tipo de arbitraje a que querían someterse las partes y a él tenía que referirse el auto judicial de formalización - del compromiso sin necesidad de expresarlo normalmente. "

353. L'arrêt de la Cour d'appel D'Angers recoge el supuesto siguiente: las partes habían concluido una cláusula en la cual establecían una opción entre la - jurisdicción arbitral y la jurisdicción estatal.

La sentencia sostiene que una cláusula de este tipo es una cláusula compromisoria ya que de ella se deduce la intención común de las partes de/ recurrir al arbitraje futuro.

354. L'arrêt de la Cour de Cassation (cl.com.) de 15 de Mayo de 1.979 es inte- resante en cuanto que el juez recurre a la común voluntad de las partes para - evitar que un arbitraje no tubiera lugar.

En la cláusula compromisoria las partes habían pactado que los dos/ árbitros nombrados por cada una de ellas, serían los que, en caso desacuerdo - escogerían un tercer árbitro, y si no lo lograban, por la razón que fuera, sollicitarían que fuera el presidente del Tribunal de Comercio de París, quien lo de

signase. Esta solicitud o petición podría ser presentada por los dos árbitros conjuntamente o por uno de ellos solamente. Hasta aquí lo que decía la cláusula compromisoria.

Llegado el momento de fallar sobre el fondo, los dos árbitros no se ponen de acuerdo. Según la cláusula compromisoria, tendrán que nombrar un tercer árbitro. Tampoco se ponen de acuerdo sobre la elección de este. Notifican oficialmente a las partes su desacuerdo y anuncian su decisión de presentar una solicitud al presidente del Tribunal de Comercio para que este designara el tercer árbitro. Sin embargo pasaron varios meses, y no presentaron esta solicitud.

Para evitar que el arbitraje quedara sin efecto, una de las partes, a pesar de que no es lo previsto en la cláusula compromisoria, solicita al presidente del Tribunal de Comercio que haga esta designación. Esto lo hace y tanto la COUR D'APPEL como la COUR DE CASSATION aprueban esta elección. 355. Evidentemente, los jueces no quisieron contribuir, incluso pasivamente, a que el arbitraje no tuviera lugar, a pesar que, según los términos literales/ de la cláusula compromisoria, las partes no podían pedir al Magistrado que — nombrara el tercer árbitro.

Para ello, al invocar "la intención común de las partes", la COUR DE CASSATION estimó que el Magistrado consular podía designar el tercer árbitro previa solicitud de una parte. Indudablemente, pese a los términos claros de la cláusula compromisoria al respecto, esta decisión merece ser aplaydida, porque manifiesta de modo inequívoco, que los jueces estatales confían/ de la jurisdicción arbitral como modo de solucionar los litigios y cooperar — para que el proceso arbitral pueda tener lugar efectivamente.

NOTAS

(1) MOREAU, La intervención del Tribunal en el curso del proceso arbitral en — el Derecho francés y en el Derecho Comparado, Rev. de L'Arb. 1.978 223.

356. L'arrêt dice textualmente.

"La Cour d'appel no hace más que apreciar soberanamente la intención común de las partes cuando, para declarar válida la designa—

ción de un tercer árbitro efectuada por el Tribunal de Comercio previa petición de una parte, y no, como la preveía la cláusula compromisoria, previa petición de los árbitros conjuntamente o de uno de/ ellos, esta declara que las partes habían manifestado esencialmente/ su voluntad de dirimir un litigio eventual por medio del arbitraje - y que, en el momento de la conclusión de la cláusula, poco les había importado que el tercer árbitro fuera designado de una manera o de/ otra, puesto que la cualidad del que hacía la solicitud no tenía interés y no podía influir en la decisión del Magistrado consular encargado de la designación".

357. En el mismo sentido l'arrêt del Tribunal de Grande Instance de París (1re section) de 1 de Febrero de 1.979 declara que :

"Es equívoca la cláusula compromisoria así redactada: " Atribución/ de jurisdicción: en caso de controversia, las partes se comprometen a recurrir al arbitraje de la Federación Francesa de Publicidad. En caso de litigio, solo sería competente el Tribunal de Seine". Se debe interpretar considerando que si las partes no hubieran querido someter sus diferencias al arbitraje se habrían limitado a dejar pa-sar en silencio la posibilidad del recurso a los árbitros.

Este texto es revelador de la intención de las partes de dife-rir en primer lugar sus controversias al arbitraje y explica la forma condicional de la última frase que significa que, si no recurren a los árbitros el Tribunal de la Seine sería la segunda jurisdicción llamada a conocer de un proceso eventual.

En consecuencia, esta cláusula compromisoria es válida".

358. Esta cláusula compromisoria debe figurar en lo que algún autor (1) ha denominado "móseo negro" del arbitraje.

Al estipular a la vez que "en caso de controversia, las partes se - comprometen en recurrir al arbitraje" y a continuación que "en caso de litigio, solo sería competente el Tribunal de la Seine", Los redactores de esta cláusula - han incurrido en contradicción manifiesta lo cual implicaría la anulación de la misma.

NOTAS

(1) EISEMANN, La cláusula de arbitraje patológica, Arbitrage commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli, Litet Turín 1.974 pág. 129.

KOPEL MANAS, La redacción de las cláusulas compromisorias y la elección de los árbitros, Liber Amicorum Frédéric Eisemann, C.C.I., 1.978, pág. 23.

359. Como en el caso anterior merced a una interpretación liberal, el Tribunal/ de Grande Instance de París ha querido "salvar" el arbitraje y ha deducido que/ la intención común de las partes era recurrir al arbitraje. Ahora bien, la ra— zón que da es bastante débil.

El Tribunal ha pensado que los redactores de la cláusula habían pre¹ visto un orden cronológico de competencia: primeramente los árbitros, y a conti¹ nuación el Tribunal. Sin embargo, ¿como se explica la frase solo sería competen¹ te, que implica una idea de exclusividad ? (1)

NOTAS

(1) FOUCARD, Rev. L'Arb. 1.980, pág. 98

360. En cualquier caso sería muy interesante que los jueces españoles que inter¹ pretan de manera restrictiva la cláusula compromisoria, basándose en el carác¹ ter excepcional de la jurisdicción arbitral, acogieran esta doctrina jurispru— dencial francesa y sobre todo la idea de base que la jurisdicción arbitral es — una jurisdicción también ordinaria, de modo que las partes podría escoger entre ésta y la jurisdicción estatal, siendo los jueces auxiliares del proceso arbi— tral.

361. A efectos de interpretación, no importa que la cláusula compromisoria sea escueta o breve y precisa, siempre que se exprese sin dejar lugar a dudas.

362. No importa tampoco que la cláusula compromisoria se inserta al comienzo — del documento, o en su cuerpo, o al final del mismo, o en el márgen o en el re— verso.

363. La jurisprudencia rechaza, pues, todas aquellas fórmulas vagas o imprecisas o ambiguas o contradictorias. Así la Sentencia del Ts de 17 de Marzo de 1.959 — declara que :

"No constituye cláusula compromisoria válidamente estipulada por su impreciso y contradictorio contenido la que literalmente dice : "Pa

cuantas divergencias se pudieren suscitar en cumplimiento e interpretación de las cláusulas de este documento los firmantes del mismo se someten a la decisión de amigables componedores nombrados — con arreglo a la ley de Enjuiciar y siempre dentro de la Competencia de los juzgados y Tribunales de Madrid a favor de cuyo fuero — hacen renuncia expresa de cualquier otro que pudiera corresponderles ".

364. Indudablemente, esta cláusula adolece de ambigüedad y de imprecisión. Ahora bien ¿no cabría aplicar en este caso la doctrina que la jurisprudencia francesa ha establecido para casos parecidos? De esta manera, la jurisdicción estatal favorecería el arbitraje como medio de solución de los litigios y sobre todo examinaría cual es la común intención de las partes.

En esta Sentencia, en nuestra opinión, las partes quieren recurrir/ al arbitraje y en defecto del mismo se someten al juzgado y Tribunales de Madrid.

365. La Sentencia de 19 de Noviembre de 1970 sostiene que :

"No es una cláusula compromisoria, por su vaguedad, aquella en la/ que se dice que " las cuestiones que el cumplimiento de este compromiso puedan comportar serán resueltas por Usted."

En este caso, efectivamente, tal como está redactada la cláusula, — es difícil deducir cual es la voluntad común de las partes.

366. L'arrêt de 8 de Julio de la Cour d'appel de Douai, a pesar de la imprecisión de la cláusula compromisoria, ha estimado que es válida.

"La estipulación inserta en los estatutos de una sociedad colectiva, en virtud de la cual " todas las controversias entre los so- cios serán resueltas soberanamente por el Presidente del Tribunal/ de Comercio de Boulogne -Sur- Mer, renunciando las partes al recur- so de apelación" debe ser considerada como una cláusula compromiso ira válida, aunque no se haya empleado la palabra arbitraje"

367. Otro ejemplo de cláusula compromisoria imprecisa nos suministra L'arrêt de la Cour de Cassation de 11 de Octubre de 1.971 .

"En presencia de una cláusula imprecisa de un contrato previendo — que "toda controversia futura será sometida al procedimiento de arbitraje delante del Tribunal de Comercio de la Seine", los jueces — del fondo, utilizando su poder de apreciación, pueden considerar — que se trata, en este caso, de una cláusula compromisoria y no de — una cláusula atributiva de competencia a este Tribunal".

368. En general, la interpretación de la cláusula compromisoria no plantea problemas especiales si se aplican las normas contenidas en los arts. 1281 y ss. — del Código Civil, en especial aquella que declara que la interpretación de las/ cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad, norma de especial aplicación en caso de contratos tipo o/ de condiciones generales.

369. Y por supuesto, y esta sería como la conclusión es necesario que los jueces ordinarios favorezcan el arbitraje y para ello no deben hacer una interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria.

CAPITULO SEXTO : DECLINATORIA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. PLANTEAMIENTO.

370. El art. 21 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (1) afirma que :

"1 El Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones — respecto a la existencia o la validez de la cláusula compromisoria/ o del acuerdo de arbitraje por separado.

2. El Tribunal Arbitral estará facultado para determinar la existencia o validez del contrato del que forma parte la cláusula compromisoria. A los efectos del art. 21, una cláusula compromisoria que —

forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento, se considerará como un/ acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. - La decisión del Tribunal arbitral de que el contrato es nulo no - entrañará ipso iure la invalidez de la cláusula compromisoria. "

NOTAS

(1) Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de Diciembre de 1.976.

371. El art. 21, n.º. 1 y n.º. 2 recoge dos de los problemas más importantes - que el Derecho arbitral tiene planteados en la actualidad :

1. Competencia de los árbitros para juzgar sobre su propia competencia (Kompetenz-Kompetenz)

2. Autonomía de la cláusula compromisoria. Son dos cuestiones relacionadas pero distintas (1)

NOTAS

(1) MEZGUER; Competencia-Competencia de los árbitros, Arbitraje Comercial (- Ensayos in Memoriam Eugenio Minoli) UTET, Torino 1.974 pág. 321.

2. KOMPETENZ-KOMPETENZ

372. Introducción. El principio de la competencia-competencia es un principio procesal (por el contrario el principio de la autonomía o independencia de - la cláusula compromisoria es un principio de fondo) (1)

Por el principio de la competencia-competencia no se ven los árbitros obligados a no fallar sobre el fondo por causa de dudas o contestaciones sobre su competencia (2)

NOTAS

(1) MEZGER, op. cit., pág. 316

373. Se justifica la competencia-competencia por la obligación que tiene toda jurisdicción de pronunciarse, en caso de duda, sobre su propia competencia (1)

NOTAS

(1) CASS. COM. 22 de Febrero de 1.949, Caulliez, JCP 1.949, 2, n. 4899, note/ MOTULSKY. Esta nota es recogida en el libro postumo ECRIT, op. cit., pág. 371

374. Se ha planteado si el árbitro que decide acerca de su competencia de manera afirmativa debe fallar sobre su competencia en la sentencia propiamente dicha o puede dictar una sentencia preliminar.

En mi opinión, la mejor solución es la segunda.

375. En Alemania, el art. 1037 del Código Procesal Civil, deja a los árbitros la facultad de decidir si continúan con el proceso arbitral o fallan por medio de un laudo preliminar.

376. Como ejemplo de laudo arbitral preliminar vamos a transcribir el siguiente :

LAUDO PROVISIONAL Y DECRETO ARBITRAL

"HIPPOLYTE" C/P de 28 de Marzo 1972

EN RELACION CON EL ACTA DE ARBITRAJE DE 1.894

y

EN RELACION CON EL ARBITRAJE

entre

RETRO FINANCE LTD, de la ciudad de Panamá, DEMANDANTES :
(propietarios)

y

OLAF JOHANSEN, de Reykjavik DEMANDADOS :
Contrarreclamantes
(Fletadores)

CONSIDERANDO :

1. En virtud de un Contrato de Fletamento fechado en Reykjavik el 28 de Marzo de 1.972, tipo "SALTAFJORD", los demandantes se comprometieron a transportar en el "HIPPOLYTE" un cargamento de sal a granel desde IZMIT a 3/4 puertos en el Golfo de Vestmannaeyjar, en los términos y condiciones allí establecidos.

2. Dicho Contrato de Fletamiento estipulaba, "inter alia", que cualquier litigio planteado en relación al mismo debería someterse al arbitraje de dos — personas (no abogados) en Glasgow; y que en caso de que estos árbitros no llegaran a un acuerdo, se estaría a la decisión de un tercer árbitro (Oversman) de

signado por los dos primeros árbitros.

3. Habiéndose planteado disputas, los demandantes me han designado a mí, — George McIntosh, como árbitro en su nombre, y el Tribunal de lo penal de Edimburgo me ha designado a mí, Ian MacClure, para actuar como árbitro en nombre — de los demandados ~~contra~~reclamantes.

AHORA NOSOTROS, George McIntosh y Ian MacClure, árbitros elegidos, respectivamente, por los demandantes y los demandados, con arreglo a las cuestiones sometidas por los demandantes y los demandados, considerando que los demandantes y los demandado han sometido todas las disputas existentes entre ellos a la resolución amistosa, laudo definitivo y decreto arbitral dictado por nosotros, los mencionados árbitros, y habiendo sido interrogados acerca de nuestra competencia, que debe ser confirmada por un laudo provisional y un decreto arbitral, damos por la presente respuesta del siguiente modo, a saber:

NOSOTROS, los árbitros mencionados, George McIntosh y Ian MacClure, estando CUMPLIDA Y CABALMENTE enterados de las cuestiones citadas y poniendo nuestra confianza en DIOS y en la Honradez de Conciencia, declaramos y pronunciamos — por la presente nuestro laudo y decreto arbitral provisional en la forma siguiente:

NOS DECLARAMOS COMPETENTES PARA ACTUAR COMO ARBITROS EN este arbitraje y — nos satisface comprobar que el Tribunal Arbitral se encuentre debidamente constituido.

Nuestra creencia se ve confirmada por la carta, de fecha 25 de Mayo de 1974 procedente del Actuario Principal de la Sala Judicial de la Cámara del Parlamento de Edimburgo, por la que Alexander Primrose, Lord Ordinario, habiendo considerado las cuestiones planteadas por el abogado de los demandados; Mr. Knutsen, ha confirmado que el AUTO INTERLOCUTORIO DE 24 de Marzo de 1.973 que designaba a Mr. MacClure, junto con Mr. McIntosh, se considera EN FIRME.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL hemos firmado el presente Laudo y Decreto Arbitral Provisional en GLASGOW, en este día 11 de Mayo de 1.974.

Adoptado como HOLOGRAFO.

.....

George McIntosh

.....

Ian MacClure.

377. Este laudo nos sirve para mostrar tres notas características del principio de competencia-competencia:

1. Es promovida por una EXCEPCION: la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, alegada por una de las partes, que deberá ser opuesta a más tardar en la contestación, o con respecto a una reconvencción, en la réplica a esa reconvencción.
2. La opción dejada a los árbitros de decidir en un laudo preliminar o esperar a la Sentencia definitiva se refleja en el art. 21.4 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento de la CNUDMI) a tenor del cual.

"En general, el Tribunal Arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia, Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá seguir adelante en las acutaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final".
3. Por último, se plantea el problema si la decisión de los árbitros sobre su propia competencia tiene carácter definitivo o no. Tiene pocos partidarios — (1) la postura que apoya el carácter definitivo de este decisión (2)

NOTAS

(1) MEZGER, op. cit..., pág. 317.

(2) Existe una Sentencia de la COUR FEDERALE de la República Federal Alemana — que ha admitido este carácter definitivo. Es la sentencia de 3 de Marzo de/ 1.955 (Rev. Arb. 1.956. 147)

En Italia, Minoli ha preconizado de lege ferenda la competencia-competencia definitiva, como se desprende del art. 819 bis, del Proyecto de Reforma de la Ley italiana sobre el Arbitraje, proyecto elaborado por la Asociación Italiana para el Arbitraje, bajo la dirección del Profesor Minoli.

378. La decisión de los árbitros sobre su propia competencia puede ser atacada/ por las vías de impugnación que cada legislación interna prevea o por la denegación del reconocimiento o ejecución de una sentencia en un país determinado.

379. Otra nota de la competencia es que, según la doctrina (1) se trata de — una COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Se ha dicho (2) que mientras la actividad de los tribunales ordinarios se ve delimitada por : barreras sucesivas; la de la jurisdicción, la de/

la competencia y las alegaciones de las partes, en el caso de los árbitros, como consecuencia del carácter accidental de su investidura, la barrera intermedia - (la de la competencia) se elimina.

NOTAS

(1) FOUSTOUCOUS, op. cit. pág. 118

(2) FRAGISTAS, La Competence internationale en droit privé, Recueil de Cours a L'Academie de droit international (La Haya), T. 104 1.961/III pág. 160 nº. 2 y pág. 167 nº. 3

380. Es una competencia con dos limitaciones :

1. Lo estipulado por las partes en su convenio arbitral.
2. Lo mandado por el Derecho positivo de las Convenciones (en el caso del arbitraje comercial internacional) en cuanto que establecen con carácter general la materia susceptible de ser sometida al arbitraje. En el mismo sentido, las regulaciones internas establecen cual es la materia arbitrable.

381. La Competencia jurisdiccional se ejerce en nombre del Estado, tal como hemos visto anteriormente. No se ejerce en nombre de las partes, aunque estas designen el Tribunal Arbitral.

382. La competencia de los árbitros para fallar sobre su propia competencia tiene el siguiente alcance:

1. Competencia para decidir, en caso de impugnación sobre la validez del contrato principal (en virtud del principio de la independencia o autonomía de la — cláusula compromisoria) y sobre la validez de la propia cláusula compromisoria.

383. 2 . Por otro lado es posible que la validez de la cláusula compromisoria — no sea impugnada. Pero las partes pueden estar en desacuerdo:

1. Sobre la cuestión de saber si la diferencia sometida al Tribunal Arbitral es/ la prevista en la cláusula compromisoria.
2. Sobre el alcance de su competencia (1).

Para poder examinar estas dos cuestiones, el árbitro debe tener la — facultad de interpretar el contrato.

NOTAS

(1) GOLDMAN Arbitrage, op. cit. nº. 142.

384. 3. También los árbitros pueden decidir sobre la cuestión de si el objeto de

litigio entra en el dominio del arbitraje.

385.4. Además los árbitros deben verificar si el litigio existe efectivamente. Esto es una cuestión de hecho; si no existe litigio, no tiene sentido el proceso arbitral.

385.5. Por último los árbitros fallan en caso de impugnación sobre la validez - de su designación.

387. La competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia es EXCLUSIVA de los árbitros a partir de la constitución del Tribunal Arbitral.

Cualquier intento de una de las partes de llevar ante un juez estatal una cuestión de competencia podría provocar la alegación de la excepción - de arbitraje (o de incompetencia de jurisdicción) basada en la cláusula arbitral.

388. Kompetenz-Kompetenz en la práctica arbitral internacional

El Reglamento de la CCI, que parte, en su nueva formulación de 1975 del principio de una colaboración entre la Corte de Arbitraje y el Tribunal Arbitral, establece en su art. 8º.

"Cuando una parte alega una o varias excepciones relativas a la — existencia o validez del convenio de arbitraje, la Corte, puede decidir sin prejuzgar la admisión ni el fundamento de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponde al árbitro proveer sobre su propia competencia. "

La Corte, que carece de poder de decisión, prepara de esta forma el fallo de los árbitros, constatando únicamente la existencia material de la convención de arbitraje como un presupuesto práctico de la decisión de aquellos a/ los que compete en exclusiva el discernir acerca de esta competencia controvertida.

Esta se extiende a sí mismo al caso de inexistencia o invalidez del contrato que contiene la cláusula compromisoria (PPO. DE AUTONOMIA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA) . El mismo art. 8º. sigue diciendo:

"Salvo estipulaciones en contrario, la posible nulidad e inexistencia de un contrato, no implica la incompetencia del árbitros, si es

te admite la validez del convenio de arbitraje, continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones. "

De esta manera se consagra, al mismo tiempo, la separación entre/ contrato y cláusula compromisoria, sin que la eventual nulidad, de aquel alcance la de ésta última y se prive al árbitro por consiguiente del poder para entrar a conocer del asunto de que se trate (1).

NOTAS

(1) Véase FOUCHARD, L'Arbitrage... op. cit., pág. 139.

Conclusiones de KLEIN en el I Congreso Internacional del Arbitraje París — 1.961, Rev. Arb. pág. 48-74

389. Kompetenz-Kompetenz en el Derecho Comparado.

¿Se reconoce esta competencia a los árbitros? Los sistemas continentales, representados principalmente por Francia antes del nuevo Decreto de 14 de Mayo de 1.980, manifiestan que los árbitros carecen de este poder cuando se plantea eficazmente la excepción de incompetencia por alguna de las partes. El arbitraje debe quedar en suspenso hasta que recaiga resolución firme de los Tribunales judiciales.

390. Los sistemas de los países del Este, para los que su concepción del arbitraje, muy cercano en algunos casos a la jurisdicción estatal les lleva a reconocer ampliamente el poder de los árbitros para conocer de su propia competencia, — sin que tenga lugar, en la mayoría de los ordenamientos, un control eventual y concurrente de la decisión tomada, por los Tribunales del Estado (1).

NOTAS

(1) Entre los países que reconocen este poder en sus ordenamientos internos se encuentran: Bulgaria, con apelación, subsidiaria a la Corte de la Cámara de Comercio; idem de Checoslovaquia, Hungría, Polonia, (con decisión en última instancia del presidente de la Corte y acción de nulidad ante Tribunales — Estatales) en la República Democrática Alemana, la sentencia puede ser anulada por este motivo los tribunales judiciales; Rumanía, en donde los árbitros deciden en última instancia sobre su propia competencia"

391. Los sistemas de los países anglosajones atribuyen en principio competencia a los árbitros pero con resolución en última instancia de los Tribunales judi—

ciales.

392. La tendencia generalizada en las más modernas legislaciones internas sobre Arbitraje es reconocer la Kompetenz-Kompetenz.

En el nuevo Derecho francés el art. 26 del Decreto de 14 de Mayo — de 1.980 afirma que:

"Si delante de los árbitros, una de las partes impugna el poder jurisdiccional del árbitro, le corresponde a éste decidir sobre la validez o los límites de la investidura".

En este mismo sentido había ido la jurisprudencia de la COUR D'APPEL anterior al Decreto.

L'arrêt de la corte D'APPEL de París de 22 de Enero de 1.957 sostenía que:

"Siendo cualquier jurisdicción juez de su competencia, es imposible/ denegar a los árbitros la facultad de pronunciarse sobre ésta, en base a una distinción entre la naturaleza y el alcance de sus poderes cuyo exámen les sería autorizado y la validez o nulidad del acto — que les ha instituido, cuyo exámen les estaría prohibido; la determinación previa por los árbitros, de la existencia o validez y los límites de la convención que define sus poderes no constituye una — cuestión prejudicial de la competencia de los Tribunales ordinarios".

393. El art. 18 de la Ley Uniforme Europea sobre el Arbitraje declara que:

- "1. El Tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia/ y con este fin examinar la validez del acuerdo de arbitraje.
2. La nulidad del contrato, no implica, ipso iure, la nulidad de la cláusula de arbitraje que contenga (PPO. DE LA AUTONOMIA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA).
3. La decisión por la que el Tribunal arbitral se declara competente no puede ser atacada ante la autoridad judicial sino al mismo tiempo que la sentencia que resuelve sobre el fondo del asunto y por el mismo procedimiento. La autoridad judicial puede, — al solicitarlo una de las partes, decidir sobre el fundamento — de la decisión de incompetencia del Tribunal Arbitral.

4. La **designación** de un árbitro, hecha por una de las **partes** no le priva del derecho de invocar la incompetencia del Tribunal Arbitral."

394. Bélgica, que ha adoptado como Derecho interno esta ley, reconoce en el art. 1627, párrafo primero de Código Procesal Civil este derecho a los árbitros, eventualmente controlado a posteriori por los recursos ante los Tribunales estatales.

395. Kompetenz-Kompetenz en el Derecho convencional

El Convenio de Nueva York no reconoce expresamente esta facultad de los árbitros. Pero se desprende de su articulado. El art. IV 1.b. declara que :

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

El original del acuerdo a que se refiere el artículo II o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

Por tanto, el Tribunal Arbitral, si quiere que su sentencia arbitral se ampare en el Convenio de Nueva York a efectos de su reconocimiento y ejecución debe examinar la validez de la cláusula compromisoria con respecto al art. II de la Convención.

El art. V.1.c. afirma que :

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso, o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras .

Por consiguiente, el Tribunal Arbitral, debe examinar si el ejercicio de su competencia está dentro de los límites previstos por las partes en la cláusula compromisoria.

396. Ha sido la Convención de Ginebra la que ha reconocido ampliamente la competencia de los árbitros para jugar sobre su propia competencia.

En su art. V.3. dice :

A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la "lex fori" contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fue se impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá/ la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forme parte dicho acuerdo o compromiso.

La Convención establece una REGLA MATERIAL que como tal prevalecería — sobre las disposiciones del Derecho interno y sobre cualquier normativa aplicable/ en virtud de los sistemas conflictuales propios del juez que entiende la cuestión. 397. Sin embargo, no se elimina de esta regla la solución de acudir a una regla — conflictual.

Esta regla de conflicto interviene en dos momentos:

1) En cuanto las excepciones de incompetencia planteadas ante el árbitro que se — alegan fuera de los plazos marcados en el n.º. 1 del art. V, el art. V.2. declara — que:

Aquellas excepciones contra la competencia del tribunal arbitral — aludidas en el precedente párrafo 1º. que no hubieren sido promovidas/ dentro de los plazos fijados en dicho párrafo, no podrán serlo durante el curso ulterior del procedimiento arbitral, salvo en el supuesto de/ que tales excepciones se refieran a cuestiones cuya presentación no — queda reservada al libre criterio de las partes conforme a la Ley apli cada por el árbitro, no pudiendo tampoco dichas excepciones ser inten tadas en el curso de un procedimiento posterior seguido ante un tribu nal judicial estatal en el caso de que se hubiere acudido a él pidién—

dole que examinara el asunto en cuanto al fondo o ^a la ejecución de la sentencia arbitral, salvo cuando las excepciones aludidas no queden confiadas al libre criterio de las partes con arreglo a la ley determinada por la regla de conflicto del tribunal judicial que se ocu-
pare del fondo o de la ejecución del laudo. Sin embargo, el tribunal estatal podrá reconsiderar judicialmente la decisión del árbitro so-
bre la demora en presentar la excepción. "

La regla de conflicto, tanto la aplicada por los árbitros como la -
correspondiente al sistema del juez o tribunal estatal que conociere del fondo/
o de la ejecución del laudo aparece limitada en cuanto a su objeto, puesto que/
solo interviene a los efectos de la preclusión de las excepciones de incompeten-
cia planteadas ante el tribunal o ante los Tribunales judiciales.

Se trata, en todo caso de preservar el orden público procesal, con -
arreglo al carácter dispositivo o imperativo de las excepciones planteadas con/
arreglo a la norma de conflicto establecida.

2) En cuanto a la posibilidad o no de apelar el laudo el art. V.3. de la Conven-
ción deja a la ley del foro como decisor de la cuestión.

398. En cuanto a la forma de promover la declinatoria por incompetencia del Tri-
bunal Arbitral, el art. V.2¹ manifiesta que :

"La parte que pretenda promover una excepción o declinatoria por in-
competencia del tribunal arbitral deberá, cuando se trate de excep-
ciones basadas en el hecho de inexistencia, nulidad o caducidad del/
acuerdo o compromiso arbitral, hacerlo durante el procedimiento arbi-
tral, no después del momento de presentar sus alegaciones sobre el -
fondo o sustancia de la controversia, y cuando se trate de una excep-
ción basada en el hecho de que la cuestión controvertida excede de -
las facultades del árbitro, tal excepción será presentada tan pronto
como surgiera, en el procedimiento arbitral, la cuestión que de di-
chas facultades. Cuando las partes se retasaren en presentar la ex-
cepción, debido a una causa que el árbitro estimare justificada, és-
te declarará la excepción como admisible.".

399. El ámbito de la Kompetenz-kompetenz es el siguiente, según el art. V.1: Los árbitros tienen facultad para decidir sobre la inexistencia, nulidad o caducidad de la cláusula compromisoria.

2. El Tribunal Arbitral puede fallar sobre los límites de su competencia, decidiendo si una cuestión excede de sus facultades o poderes.

400. En cuanto al último párrafo del art. V. se ha dicho (1) que rinde homenaje a la ausencia de formalismo en la reglamentación del arbitraje permitiendo una válvula de escape al poder de los árbitros que discrecionalmente pueden juzgar/ como justificada una causa en la demora de presentar la excepción, declarando ésta en consecuencia, admisible.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 424.

401. Referente al control de la decisión de los árbitros en cuanto a su propia - competencia, en principio las decisiones de los árbitros sobre su propia competencia gozan, en el marco del Convenio de Ginebra, de autonomía.

Ahora bien, ello no alcanza a evitar el control de los Tribunales judiciales que conozcan de la apelación, acción de nulidad o trámite de reconocimiento o ejecución de la sentencia dictada. Dicho control, aunque limitado a las causas y motivos predeterminados en la ley de aplicación y en el Derecho positivo de las convenciones y que se juzga absolutamente necesario en el grado de desarrollo actual del arbitraje, no deja de plantear en la práctica problemas de conflicto o disparidad entre las decisiones tomadas por cada una de las jurisdicciones complicadas, y que se revelan como de difícil solución (1).

NOTAS

(1) FOUCARD, L'Arbitrage... op. cit. pág. 157. Pone de relieve este autor la disparidad existente entre el Convenio Europeo (art. V.2.) y la Convención de Nueva York (art. V.1.a.) y c. y art. V.2., que deberá ser dirimida a favor de la Convención de Nueva York.

402. Podemos establecer el siguiente esquema, según la sentencia arbitral haya sido o no pronunciada. A) Si la sentencia arbitral no ha sido dictada todavía, se pueden contemplar dos supuestos:

a) Que el árbitro se estime competente; prosigue entonces el proceso arbitral.

Estimándose competente el árbitro, en el curso del proceso arbitral, el control de los Tribunales judiciales no podrá ejercerse, por entrar en aplicación el art. VI.3 del Convenio que impone la obligación de suspender el proceso judicial hasta que recaiga la sentencia arbitral, sin entrar a juzgar la validez y eficacia de la cláusula compromisoria.

403. b) Que el árbitro se haya estimado incompetente en la sentencia. En este caso, en principio, no es necesario el control judicial.

404. Ahora bien ¿cabría algún recurso que obligase a las partes y al Tribunal Arbitral a continuar el proceso arbitral? Tal recurso no está prevista en las legislaciones europeas. Sin embargo el art. 18.3 de la ley uniforme Europea sobre Arbitraje declara que si el árbitro se declara incompetente, "la autoridad judicial puede, al solicitarlo una de las partes, decidir sobre el fundamento de la decisión de incompetencia del Tribunal Arbitral". Otra solución es la del art. 1037 Código Procesal Alemán. Este texto autoriza a los árbitros a suspender el proceso arbitral para dar ocasión a las partes de provocar la decisión judicial, a instancia de la parte más diligente. Si decide que la decisión arbitral de incompetencia no está fundada, continuará el proceso arbitral. La Convención de Ginebra no ha prevista este recurso y por tanto el fallo arbitral por el cual el Tribunal Arbitral se declara incompetente hace terminar el proceso arbitral.

NOTAS

(1) MEZGER, Competence-Competence, op. cit. págs. 320-321.

M. TENARD, Arbitrage Commercial International, III, pág. 370.

405. B) Después de pronunciarse la Sentencia arbitral y admitiendo los árbitros su competencia, el principio general es que esta decisión ha de quedar sometida al control posterior de los Tribunales estatales.

406. Los Tribunales judiciales intervendrán

1. En el procedimiento de reconocimiento o ejecución de la Sentencia arbitral, examinando los motivos previstos en el Convenio de Nueva York. Así, el V.1 - c) se refiere a la competencia-competencia de los árbitros. Del mismo modo - el art. IV.1.b. como acabamos de ver.

2. Por medio de una acción de nulidad prevista en el art. IX del Convenio de Ginebra.
3. Por medio de un recurso de apelación, cuando sea permitida por la ley aplicable al arbitraje, y con extensión y efectos consignados en dicha ley, o sea remitido por la lex fori (art. V.3. del Convenio de Ginebra).

407. Kompetenz-Kompetenz en el Derecho interno.

En mi opinión, cabe conceder a los Árbitros la Kompetenz-Kompetenz por las siguientes razones:

- 1) La Ley de 22 de Diciembre de 1.953 no lo prohíbe.
- 2) El Árbitro es un juez: por el mero hecho de su nombramiento y subsiguiente aceptación los Árbitros adquieren la autoridad propia de la función jurisdiccional.
- 3) Por el criterio hermenéutico de la interpretación sistemática:

El art. 1.3º. del Título preliminar declara que " las normas se interpretarán en relación con el contexto. ¿Que significado tiene ello? Dice la doctrina que contexto es aquella parte del texto donde la norma que se interpreta se encuentra situada. Por ejemplo, el capítulo, título, la sección del Código Civil, que a veces pueden dar luz sobre la significación de la frase permitiendo entender dentro de ella elementos que han quedado precisamente por esta situación sobreentendidos o implícitos.

La interpretación aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos, que tratan de una determinada cuestión, presuponiendo que hay entre ellos un orden coherente. El contexto sería de este modo todo el conjunto de textos reguladores de la materia . Aplicada esta doctrina al caso que nos ocupa, el ordenamiento arbitral está formado, por la ley interna y el Derecho/Convencional. De algún modo hay que darles alguna coherencia. Si en algunos casos ello no puede ser conseguido, en todos aquellos supuestos en que no hay una contradicción expresa, hay que presuponer la coherencia del ordenamiento arbitral español.

Por tanto, los Árbitros que caen dentro del ámbito de aplicación de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953 son competentes para fallar sobre la propia competencia.

Como última razón, el no reconocimiento al Tribunal Arbitral de la Kompetenz-Kompetenz complicaría la paralización del proceso arbitral. Y hemos dicho anteriormente, que los jueces deben ser auxiliares de los árbitros, no los causantes de la suspensión del arbitraje.

3. AUTONOMIA DE LA CLAUSULA.

408. La autonomía de la cláusula compromisoria posee un doble efecto: sustancial y conflictual.

409. Sustancial, implica la autonomía de la cláusula compromisoria, la siguiente cuestión :

¿La nulidad del contrato principal implica igualmente la nulidad/ de la cláusula compromisoria? O, a la inversa.; Han conferido las partes a los árbitros el poder de decidir, por la cláusula compromisoria, sobre la validez - del contrato principal, si este fuera impugnado?

410. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión en el Derecho interno depende, en gran parte, de lo que consideramos que es la naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria

411. Si se estima que es un contrato material, su inserción en un negocio como una cláusula del mismo puede hacernos pensar que se trata solamente de una parte del negocio (1), cuya suerte sigue.

Bajo esta consideración, a la cláusula compromisoria tendría que aplicarse el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, en el sentido de que declarada la nulidad de éste se produce necesariamente la nulidad de aquel. Entre otras razones, porque aunque generalmente se estipula con motivo/ de un negocio jurídico material, ello no obsta para que también pueda constituir un negocio estipulado independientemente, pero referido en todo caso a una relación jurídica material. Sin ésta, la cláusula compromisoria no tendría sentido, porque carecería de objeto. Es decir, que concebida la cláusula compromisoria de un contrato principal, o como un negocio independiente, pero referido a una relación jurídica material, su consideración como contrato material nos lleva necesariamente a la conclusión de que la nulidad de la Convención principal lleva consigo la nulidad del pacto compromisorio.

NOTAS

(1) PELAEZ, op. cit., pág. 77 .

La consideración de la cláusula compromisoria como un contrato procesal nos hace examinar el problema desde otra perspectiva.

412. Llegamos a la conclusión de la autonomía de la cláusula compromisoria por/ las siguientes razones:

1. La primera hace referencia a la misma intención práctica de las partes, en relación con la función que cumple la cláusula compromisoria (1). La sumisión al arbitraje entraña una manifestación de voluntad encaminada a atribuir el/ conocimiento de cualquier litigio futuro a un Tribunal Arbitral; si se prolonga la eventual nulidad del contrato de base o principal sobre la cláusula compromisoria, se restringiría indebidamente esta manifestación de voluntad/ pues cabe estimar que las partes han tenido la intención de someter dicho problema de nulidad al conocimiento del Tribunal Arbitral.

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPOS, Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español, Anuario de Derecho Internacional, II, 1.975, Universidad de Navarra, pág. 28.

413. 2. Por la teoría de la causa.

La causa del contrato arbitral es distinta de la del contrato base. No se trata de ordenar prestaciones de contenido patrimonial (1), sino de producir el doble efecto que la cláusula encierra, esto es, atribuir la jurisdicción al árbitro y sustraer el asunto del conocimiento de la jurisdicción estatal (2).

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPOS, Sobre el Convenio..., op. cit. pág. 28.

(2) Cfr. al respecto las consideraciones expuestas por SAUSERHALL, L'arbitrage/ en Droit International privé, Annuaire I.D.I., t. 44-I, 1.952, pág. 558-63, quien señala los graves inconvenientes para el desarrollo del arbitraje de la solución contraria, y en cuanto al fundamento, KLEIN, Du Caractere autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international en la R. Critique D. International Privé (1.961), págs. 499 y ss. - con consideraciones del problema en el marco del Derecho español.

414. Otras razones de carácter más general son las siguientes:

1. En el sistema interno, aún cuando se recogen diversos supuestos de ineficacia parcial del contrato, no existe una regla con valor general; habiéndose sostenido la tesis de que el factor esencial, en orden a acoger la nulidad/parcial viene dada por la voluntad hipotética de las partes, voluntad que —habrá de ser determinada por el juez considerando el conjunto de la relación creada y la intención práctica atribuida a las diferentes estipulaciones. (1)

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO, Fundamentos..., op. cit. págs. 293 y ss.

415. Por lo que se refiere a la ley y a la jurisprudencia española, no existen soluciones específicas que ofrezcan una respuesta inequívoca al problema.

416. La doctrina civilista se inclina, en su generalidad en favor de una independencia o autonomía de la cláusula. (1)

NOTAS

(1) GULLON-BALLESTEROS, Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, 1.972 pág. 141), señala que si la cláusula está incluida en un contrato, pese a esa dependencia formal, la cláusula compromisoria posee independencia persa

417. Se ha dicho (1) que "indudablemente podrá producirse una nulidad conjunta/ya que ambos " pactos" han sido producidos en el mismo momento y en la misma/operación jurídica, y por consiguiente pueden adolecer de los mismos vicios o/causas de nulidad, especialmente, las que hagan referencia a la declaración de voluntad o a la capacidad de los contratantes.

Pero puede suceder —se sigue diciendo— que las causas de nulidad —sean específicas del contrato principal, sin que entonces se extiendan al pacto compromisorio; incluso si todas las cuestiones surgidas del contrato deben/someterse a árbitros, dentro de las mismas ha de poder incluirse las que se refieran a la propia nulidad del contrato principal."

NOTAS

(1) DIEZ-PICAZO, El Pacto compromisorio y la nueva ley de Arbitraje, op. cit.—pág. 1157

418. Se debe concluir entonces, que en nuestro Derecho interno, la cláusula —

compromisoria es autónoma con respecto al contrato principal, por las razones que se acaban de manifestar.

419. A estas razones, propias de la cláusula, se ha de añadir alguna que se refiere a la cláusula de sumisión y que es perfectamente aplicable al pacto — compromisario. La jurisprudencia es constante en señalar como en todo caso la cláusula de sumisión tiene una ~~existencia~~ propia y sus condiciones de validez — deben ser apreciadas independientemente de las condiciones de validez del contrato de fondo. El argumento que le sirve de base es el de indicar que un contrato debe ser tenido por válido hasta el momento en que una decisión jurisdiccional haya declarado su nulidad. Por consiguiente, la cláusula sumisoria/ inserta en un contrato argüido de nulidad deberá ser considerada provisionalmente como válida, en cuya virtud será competente para decidir sobre la demanda de nulidad o sobre la excepción de nulidad el Tribunal indicado en la cláusula (1).

NOTAS

(1) Cfr. ss. 27 de Enero de 1.933 y 2 de Julio de 1.935

420. Aplicando esta doctrina a la cláusula compromisoria se extrae la consecuencia que es el Tribunal Arbitral indicado en la misma quien tiene poder para fallar sobre la validez del contrato principal.

421. Sin embargo, si la nulidad del contrato principal se debe a vicios del consentimiento (referentes a la declaración de voluntad o a la capacidad de los — contratantes) dichos vicios se transmiten a la cláusula compromisoria inserta/ en el contrato principal.

422. En la práctica sería interesante redactar una cláusula compromisoria del siguiente tenor: " Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad se decidirá por medio de arbitraje según la ley de 22 de Diciembre de 1.953"

423. Por supuesto, a pesar de todo lo anteriormente dicho las partes pueden — hacer depender muy estrechamente el contrato arbitral de su contrato principal (1) sin dejar ningún margen de autonomía a la cláusula compromisoria. Pero en/ la práctica, tal eventualidad es muy rara (2).

NOTAS

(1) GOLDMAN, Arbitrage, op. cit. nº. 57

(2) FOUSTOUCOUS, L'Arbitrage, op. cit. pág. 59

424. No existe ninguna norma material sobre la autonomía de la cláusula compromisoria en el Derecho Convencional.

La Convención de Ginebra resuelve el problema en el art. 6.2:

"Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales/nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán :

a) Según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral;

b) No existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse laudo;

c) Careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, en el momento/en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere/posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de — las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto.

Por consiguiente, la Convención envía la cuestión de la dependencia, o independencia o la ley interna competente según las letras a) ó b) — del art. 6.2., subsidiariamente, a la ley interna designada por la regla de conflicto del foro.

NOTAS

(1) MEZGER, Competencia—Competencia, op. cit. págs. 324—325

425. Ahora bien, del art. V.3. de la Convención de Ginebra se podría concluir/que el pacto compromisorio no es autónomo con respecto al contrato principal —

(1) ya que, en su inciso final, declara que :

"tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la ~~existencia~~ o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual tome parte dicho acuerdo o compromiso."

NOTAS

(1) MEZGER, Competencia-Competencia..., op. cit., pág. 325.

426. Esta solución es exagerada. El art. V.3. es fruto de un compromiso entre los Estados partidarios de la tesis de la dependencia de la cláusula compromisoria del contrato principal y aquellos partidarios de su independencia.

Hoy, sin embargo, tanto la doctrina como la Legislación moderna es/casi unánime en admitir la autonomía de la cláusula compromisoria y en este sentido hay que interpretar el citado artículo.

427. En cuanto al Derecho Comparado, la jurisprudencia francesa anterior al Decreto de 1.980, había dicho que para el arbitraje internacional, la cláusula compromisoria presenta una completa autonomía. (1)

Esta jurisprudencia tiene su origen ^{en} el arrêt de 5 de Mayo de 1.963/ (arrêt GOSSET) (2) dictado a propósito del exequatur de una sentencia italiana.

La 1^{ere} chambre ha mantenido su jurisprudencia en los arrêts del 18 de Mayo de 1.971 (arrêt IMPEX) (3), que se refería a una sentencia francesa, y/ del 4 de Julio de 1.972 (arrêt HECHT) (4) que concernía a la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por un establecimiento holandés y fundada en la cláusula compromisoria inserta en su contrato con un agente comercial francés que le había emplazado delante del Tribunal de Comercio de la Seine.

NOTAS

(1) COUR DE CASSATION, 1^{er} Ch. Civile.

(2) Rev. Arb. 1.963 pág. 60.

Rev. Crit. Dr. Internat., pr. 1.963, pág. 615, note MOTULSKY CIUNET, 1.964 pág. 82, note BREDIN.

J.C.P. 1.963, 2, n. 13.405, note GOLDMAN

D. 1.963, 545, note ROBERT.

(3) Rev. Arb. 1.972, pág. 2, note KAN

Rev. Crit. Dr. Internat. pr. 1.972 p. 124, note MEZGER

CIUNET, 1.972, pág. 62, note OPPETIT

D. 1.972, 34 note D. ALEXANDRE.

(4) CIUNET, 1.972, pág. 843 note OPPETIT.

428. Por su importancia, vamos a transcribir uno de los considerandos de L'arrêt GOSSET, arrêt de principio (1) que fue el iniciador de la doctrina jurisprudencial, francesa de la autonomía de la cláusula compromisoria.

"En el ámbito del arbitraje internacional, el acuerdo compromisorio, haya sido ~~concluido~~ separado o está incluido en el acto judicial al cual se refiere, presenta siempre, salvo circunstancias excepcionales (2), completa autonomía jurídica excluyendo que pueda ser afectado por una eventual invalidez del acto".

NOTAS

- (1) FRANCESCAKIS; Le principe jurisprudentiel de L'autonomie de L'accord compromissaire. Rev. Arb. 1.974, pág. 67.
- (2) La doctrina ha entendido que se refiere a aquellas nulidades que afectan tanto al contrato principal como a la cláusula compromisoria o que las partes - han decidido ligar estrechamente el contrato arbitral al contrato principal. Cfr. GOLDMAN, Arbitraje, op. cit. nº. 57

429. La doctrina italiana (1) ha aceptado el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. No solo se considera que el Tribunal Arbitral puede decidir/acerca de las controversias sobre la validez o invalidez del contrato principal, - sino también, la cláusula compromisoria conserva vigor en orden a controversias/póstumas, es decir, surgidas después (2) de la cesación o la extinción del contrato principal pero que toman origen de incidencias anteriores. (3)

NOTAS

- (1) REDENTI, el Compromiso..., op. cit. pág. 97.
CARNELUTTI, cláusula compromisoria e competenza degli arbitri (Riv. diritto comm., 1.921 pág. 327 y ss.).
- (2) En el mismo sentido, la Cámara de Comercio Internacional declara en su art.-8 que " salvo estipulaciones en contrario, la posible nulidad o inexistencia/ de un contrato no implica la incompetencia del árbitro si éste admite la validez del Convenio de arbitraje. Continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones "
- (3) Quedando siempre a salvo la voluntad en contrario de las partes, como ya hemos indicado anteriormente.

430. La jurisprudencia italiana admite la autonomía del pacto compromisorio.

El principio unánimemente aceptado es que la cláusula tiene una individualidad propia y no debe ser considerada como un pacto accesorio inseparable,

en su suerte, del contrato principal (1). Se aclara (2) que la validez de la — cláusula compromisoria inherente a un contrato inválido está condicionada a la — no comunicabilidad de los vicios de dicho contrato.

NOTAS

- (1) Casación, 30 de Julio de 1.955; Idem, 29 de Mayo de 1.954; Idem 18 de Abril/ de 1.953; Idem 19 de Junio de 1.952; Apelación de Roma, 1 de Marzo de 1.952;— Apelación de Génova, 17 de Mayo de 1.948.
 (2) MARUFFI, nota a Casación 19 de Enero de 1.948, Giurispr. ital. 1.948, I, 1 pág. 153.

431. Se sigue también del mismo principio que los pactos limitativos de las condiciones contractuales, relativos a su eficacia temporal, se extienden a la cláusula; por tanto, si algunas obligaciones deben exigirse después del vencimiento/ del plazo contratual, las controversias originadas en orden a esas obligaciones/ no pueden menos de considerarse también ellas determinadas y provenientes del — contrato o de la relación jurídica entre las partes; al punto de que forman estas parte de la materia contemplada por la cláusula compromisoria; evidentemente, todo ello a condición de que no haya expresa manifestación de la voluntad de/ las partes en sentido contrario (1)

NOTAS

- (1) Casación, 30 de Julio de 1.955, Casación, 29 de Mayo de 1.954; Apelación de/ Florencia, 14 de Enero de 1.952.

432. Se afirma también (1) que es insoluble el problema de la supervivencia de — la cláusula compromisoria al contrato inválido mediante criterios aporristicos/ y preconstituidos. La validez de la cláusula en relación al contrato que la contiene, a la ineficacia de él y a los vicios correspondientes, debe establecerse/ mediante investigaciones especiales y específicas, que solo pueden ser desplegadas en cada caso.

NOTAS

- (1) PELE, Nota a Casación, 13 de Mayo de 1.952, Giur. Compl. Cass. Civ. 1.953, I, pág. 216.

433. Antes de pasar al estudio de la autonomía conflictual, interesa decir que — algún sector doctrinal (1) ha sostenido que el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de la COMPETENCIA—COMPETENCIA, son dos principios que se relaciona, pero no se confunden. Son dos principios distintos e independientes el uno del otro. El principio de la autonomía (2) responde negativamente a la — cuestión de si la nulidad eventual del contrato principal implica la nulidad del contrato arbitral. Los partidarios del principio de la no autonomía responden afirmativamente.

Sin embargo, y sin contradecirse, unos y otros pueden ser partidarios o adversarios del principio de la competencia—competencia tal como ha sido definido. Y al revés, En efecto, incluso en los países en que la competencia—competencia provisional ha sido recogida en los textos, la jurisprudencia ha sido o es aún reticente para admitir la autonomía (3) .

NOTAS

- (1) MEZGER, Competencia—Competencia, op. cit., pág. 322.
- (2) El principio de la autonomía se denomina también principio de SEPARABILIDAD/ o INDEPENDENCIA, de la cláusula compromisoria.
- (3) En Francia, la misma Cámara de Comercio de la Cour de Cassation que, desde 1.949, ha dicho que el Tribunal Arbitral, como cualquier jurisdicción puede/ y debe fallar sobre su propia competencia, ha sido y es partidaria de la regla a tenor de la cual la nulidad inicial del contrato implica la nulidad — de la cláusula compromisoria inserta en aquel.

434. Es completamente comprensible, porque si la competencia—competencia da al árbitro el poder de fallar sobre su competencia, no dice en que sentido debe decidir en el caso en que constate la nulidad del contrato. El principio de la, — separabilidad implica en este caso la afirmación, el principio de la no separabilidad, la negación de la competencia al árbitro (1) (2)

NOTAS

- (1) MEZGER, Competencia—Competencia, op. cit. pág. 322.
- (2) En general, sobre la autonomía de la cláusula compromisoria puede verse, — además de lo citado; MEZGER, la jurisprudencia française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en la matière d'arbitrage international de Droit privé, Melanges, Maury, Paris 1.960 t., I, pág. 273 y ss.
 . MEZGER, Vers. la consécration aux Etats-Unis de l'autonomie de la clause/ compromissoire dans L'arbitrage international, Rev. Crit. Dr. Internat. pr. 1.968, págs. 25 y 55.

. MEZGER, de L'autonomie de la clause compromissoire et de la competence-competence de l'arbitre et d'autres problemes fondamentaux de L'arbitrage dans la plus recente jurisprudence allemande, Rev. Arb, 1.978, págs. 548 y ss.

. PERILLEUS; Propos relatifs a l'autonomie de la clause compromissoire, Revue de Droit International . et de Droit compare, 1.978 págs. 185 y ss.

435. Conflictual.

La autonomía de la cláusula compromisoria, en las relaciones privadas internacionales, posee, en segundo lugar un efecto "de conexión" o, si se quiere, de reglamentación a los fines del Derecho internacional privado. En sus términos más simples, cabe decir que la "completa autonomía jurídica" de la — cláusula compromisoria de arbitraje exige una conexión independiente o autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla; de manera que si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos, para regir la validez y los efectos — de la cláusula compromisoria de arbitraje. Como ha señalado (2), decir que la — cláusula compromisoria es autónoma, que cumple una función propia, en términos/ de Derecho internacional privado significa, ante todo, que puede ser sometida — a una ley distinta de la aplicable al contrato principal celebrado entre las — partes.

El fundamento de esta solución cabe hallarlo en una previa "calificación" autónoma de la cláusula en atención a las distintas causas del contrato principal y la cláusula compromisoria.

NOTAS

(1) GOLDMAN, Répertoire de Droit International, I, pág. 117.

(2) KLEIN, Du caractère..., op. cit. pág. 500,

436. Se manifiesta en este extremo una de la aportaciones que ha generado el — desarrollo del proceso arbitral en las relaciones comerciales internacionales, — en las últimas décadas. En el pasado, esta autonomía a los fines del Derecho in — ternacional privado fue negada, sosteniéndose que (1) no cabe concebir que una — parte de las disposiciones de un contrato quede regida por una ley y otra parte por una ley distinta, de manera que la ley rectora del contrato deberá ser apli — cada también a la cláusula relativa al arbitraje, y con ello, a todo el arbitra — je.

NOTAS

- (1) BALLADORE PALLIERI, L' arbitrage privé dans les rapports internationaux, Recueil des cours, t. 51. (1.935-I), pág. 353. Con referencia a esta tesis, - señala SAUCER-HALL en Annuaire I.D.I. t 44-I, 1.952, pág 559 que la decisión del Tribunal de Rotterdam de 20 de Marzo de 1.929, que el autor italiano cita en apoyo de esta posición, aplica la ley turca no solo porque el contrato está sometido a la ley turca por razón del lugar de su celebración, del/ lugar de situación de la mercancía y del lugar del pago, sino principalmente porque se había fijado la sede del Tribunal Arbitral en Constantinopla. La/ tendencia hacia la autonomía se ha reflejado también en la jurisprudencia y en la doctrina americana. Ver DELAUME, clauses d'eleccion de for et clauses compromissoires. Evolution et gestation d'un nouveau droit americain journal du Droit international 1.975, págs. 486 y ss.

437. Pero esta escisión dentro del contrato, como se ha indicado, se justifica/ por las distintas causas del contrato principal y del contrato compromisorio, - de manera que hoy se admite de forma general (1) que:

"Las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están sometidos necesariamente a la misma Ley aplicable a las relaciones litigiosas "

NOTAS

- (1) Art. 6º. de la Resolución adoptada por el I.D.I. en 1.957.
Revue Arb. 1.961, pág. 48-73.

438. En la Sentencia de la Cour d'Appel de París (1ª. Sala Sup.) de 25 de Enero de 1.972, podemos encontrar un ejemplo de esta proyección de la autonomía de - la cláusula compromisoria a los fines del Derecho Internacional privado.

En este caso, la relación de base entre las partes era un contrato/ celebrado en Bilbao, en forma no solemne, mediante el cual un industrial francés concedía a otros, de nacionalidad española, licencia para la explotación por éstos en España de un determinado procedimiento industrial, comprometiéndose a - aportar a la parte española asistencia técnica y comercial. En contrapartida, - los contratantes españoles se obligaban a ciertos pagos anuales, equivalentes - al 30 por 100 del importe de las ventas. En este contrato, figuraba una cláusula de sumisión al arbitraje, conforme al modelo establecido por la Cámara de Comercio Internacional, ante la Corte de Arbitraje de esta institución . Al denunciarse el contrato por la parte española, M. Laporte insta el arbitraje ante este órgano , desarrollándose el mismo sin comparecencia de la parte española. No

obstante, cuando se solicita el exequatur de la decisión arbitral ante la jurisdicción francesa, los contratantes españoles alegan, en oposición a la resolución que lo concede que "... la sentencia es nula, por haberse dictado sin previo compromiso; pues según ellos la ley española, aplicable al contrato, regía los efectos de la cláusula compromisoria ..."

Esta alegación es rechazada por la Cour d'Appel afirmándose que :

"Los primeros jueces han decidido exactamente que en materia de arbitraje internacional, el acuerdo compromisorio, según las concepciones francesas, presenta una completa autonomía jurídica en relación con el contrato en el cual figura y que por consiguiente su cumplimiento no obedece necesariamente a la ley que rige ella".

439. Se parte, por consiguiente, del principio jurisprudencial de la Sentencia dictada en el asunto "GOSSET", pero la autonomía de la cláusula se concreta en una conexión autónoma, de manera que si bien el contrato se considera sometido a la Ley española, es la Ley francesa la que rige el arbitraje.

A este fin, el Tribunal agrega que :

"en el caso concreto, las partes se han referido expresamente an la cláusula compromisoria al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, de donde se sigue que las disposiciones de la Ley española de 22 de Diciembre de 1.953 eran inaplicables en el caso concreto y que la organización del arbitraje, tal como ha sido efectuado por la Cámara en conformidad con su reglamento es válido según la legislación francesa".

440. En la doctrina española, tanto procesalista como internacionalista, ha faltado una consideración de la autonomía de la cláusula compromisoria. Cabe afirmar, incluso, que existe una línea doctrinal negativa, tanto anterior como posterior a la Ley de 22 de Diciembre de 1.953.

441. La doctrina española de finales del XIX y principios del siglo actual, si exceptuamos a Olivares Bieć, no trata el problema del arbitraje en la perspectiva del Derecho internacional privado (1) . La explicación de este hecho (2), quizá se deba a que en estos autores -por influencia de la doctrina francesa- --

existe una aceptación, al menos implícita, de la naturaleza "contractual" del — proceso arbitral; con la consecuencia de que sus problemas quedan resueltos, ca so de plantearse en la práctica, por aplicación de las normas generales en mate ria de contratos, esto es, mediante la acción del principio de la autonomía de/ la voluntad. A este respecto, resulta significativa la posición que adopta Olivares Biec, para quien las sentencias arbitrales extranjeras son ejecutables en España " como si fueran resultado de un contrato " (3)

NOTAS

- (1) OLIVARES BIEC, Tratado en forma de Código del Derecho Internacional en sus relaciones con el Civil, mercantil, penal y de procedimientos, Madrid, 2ª ed. 1.890, págs. 149 y 159-162
- (2) GONZALEZ CAMPOS, sobre el Convenio..., op. cit. pág. 31.
- (3) OLIVARES BIEC, op. cit. págs. 159-62. Esta posición se encuentra ya en A.-RIQUELME, Elementos de Derecho público internacional, I, Madrid, 1.849, pág. 415, estima, en línea con la doctrina francesa de este período, que si el arbitraje es un contrato, "la resolución del árbitro es una verdadera obligación, sujeta a todos los efectos de las obligaciones y ejecutable en el extranjero en los mismos términos que lo son los demás contratos..." agregándose que " en este caso no se impone jurisdicción extraña, sino se pide el cumplimiento de una obligación".

442. En el siglo actual, sin embargo, la actitud de la doctrina en relación con el convenio arbitral es mucho más negativa. Algún autor (1) con apoyo en alguna decisión judicial — la Sentencia T.S. de 10 de Diciembre de 1.912, a la que se/ atribuye un valor de principio que no posee en modo alguno— llega a la conclu— sión de que sólo cabe la ejecución en España de aquellas decisiones arbitrales/ extranjeras que reúnen los requisitos solemnes de nuestras leyes. El recurso al arbitraje privado internacional queda sometido, de este modo, a la acción del — orden público español; y tal concepción juzgada por sus resultados prácticos, con duce a privar de toda eficacia a la voluntad de las partes en orden a la designación de la ley rectora del arbitraje.

NOTAS

- (1) LASALA LLANAS, Sistema español de Derecho Civil internacional e interregio— nal Madrid, 1.933, págs. 3478 y el comentario justificativo en págs 349-357. Se estima, por consiguiente que el arbitraje es esencialmente "contractual".— Por ello la decisión arbitral contraria a la Ley española tendría tan solo/ "el valor de un pacto lícito y obligatorio entre las partes" (ST. TS. de — 10 de Diciembre de 1.912)

443. Para otro sector doctrinal (1) la ejecución en España de los laudos extranjeros queda condicionada entre otros extremos a que la escritura de compromiso se ajusta a las reglas de la Ley procesal española y, por consiguiente, aplicación de esta ley a los compromisos que se contraigan en el extranjero.

NOTAS

(1) TRIAS DE BES, Derecho Internacional Privado. Sistema de Derecho español - positivo, 2ª. ed., Barcelona 1.940, págs. 160 y ss.

444. En la doctrina más reciente, sin embargo, se afirma una orientación favorable a la acción de la ley de autonomía en materia de convenio arbitral así - como a una más reducida intervención del orden público interno. Ahora bien, no/ desaparece el planteamiento negativo de la doctrina anterior, de manera que, en algunos autores, la inicial admisión de la Ley de autonomía se combina con una - intervención invasora de la Ley interna, a título de orden público.

445. Así, se ha dicho (1) " que hay que hacer un planteamiento del tema en términos de Derecho Internacional privado para el régimen del Convenio arbitral, - sosteniéndose que éste que éste quedaba regido por la ley de autonomía. Esta admisión se hace con la reserva de que la suscetibilidad de la materia para ser - objeto de compromiso (2) y resolución arbitral se juzga por la ley interna; pero esta limitava acción del orden público interno no impide en modo alguno, que las partes pueden referirse a una ley extranjera para regular la cláusula compromisoria " (3)

NOTAS

(1) PRIETO CASTRO, El Arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas, R.G.L.G., 1.943 pág. 478

(2) y de cláusula compromisoria

(3) En el mismo sentido que Prieto Castro VERPLAETSE, Derecho Internacional privado, Madrid, 1.954m pág. 650.

446. En un sector de la doctrina (1) se encuentra asimismo una inicial admisión de la Ley de la autonomía en materia de cláusula compromisoria.

Se señala, sin embargo, contradiciéndose, que la cláusula compromisoria debe regirse normalmente por la Ley que regula el contrato al que se halla incorporado. Y si en el supuesto de que esta Ley rectora del contrato es extranjera, para su eficacia en España, la cláusula compromisoria debe reunir los

mismo requisitos que el contrato de compromiso (?).

Es decir, que para esta doctrina el resultado final que se alcanza en esta construcción, es prácticamente idéntico al que se obtiene con el planteamiento negativo de la doctrina del período anterior. Si bien se parte de la inicial admisión de la autonomía de la voluntad en el régimen de la cláusula -compromisoria, el contenido de la Ley extranjera eventualmente, aplicable, que da mediatizado por la acción de la normativa interna española. Cabe pensar que ésta se aplica acumulativamente; o si se quiere, que los preceptos de la ordenación Legal de 1.953 se imponen con carácter necesario, produciéndose determinadas consecuencias obtativas en el plano internacional (2)

NOTAS

(1) MIAJA DE LA MUELA, Derecho Internacional Privado, II, 6ª. ed. Madrid 1974/ pág. 480.

(2) MIAJA DE LA MUELA, Derecho..., op. cit. pág. 403, afirma que cabe en la Ley de 1.953 una concepción territorialista del procedimiento arbitral, manifestada en el carácter imperativo de las normas que lo regulan, imperatividad que no puede por menos que extenderse al orden internacional. Ahora — bien, en nuestra opinión, constituye un prius en términos de Derecho Internacional Privado, la determinación de la Ley aplicable a la cláusula compromisoria y de este modo, la eventual acción de la Ley española. Si se — descarta este supuesto, sólo cabe una proyección de la Legislación interna/ en base a la consideración de la Ley de 1.953, como formando parte del orden público internacional. Y esto no tiene sentido, porque de esta manera/ ya hemos dicho anteriormente, se vacía el contenido el Derecho Convencional.

447. En particular Miaja de la Muela acepta que una cláusula compromisoria de/ conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional no será válida en un contrato regido por el Derecho interno español (1)

NOTAS

(1) Con ello, sigue a MUÑOZ DE LA VEGA, La clause compromissoire en droit espagñol, Rev. Arb. 1.961, págs. 227 y ss.

448. De este examen de la doctrina en sus líneas generales, cabe extraer al me- nos dos conclusiones (1) de una parte que en el planteamiento del problema/ por lo que se refiere al régimen de la cláusula compromisoria, la doctrina española aparece dominada, en su mayoría, por una consideración de los preceptos de/

nuestra legislación como de orden público, y solo en un grupo reducido de autores se halla una admisión de la Ley de autonomía sin una total mediatización - del tema por el orden público interno 2). En segundo lugar, que el resultado negativo a que llega el primer grupo de autores se basa en el olvido de que la cláusula compromisoria es autónoma respecto del contrato principal,² los fines/ del Derecho Internacional Privado.

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPO, Sobre..., op. cit. pág. 35

449. Este último extremo se pone de relieve de forma muy precisa en el planteamiento del tema que llevan a cabo tanto MIAJA DE LA MUELA como MUÑOZ DE LA VEGA/ y por su interés vamos a examinar.

450. En efecto, al primero de estos autores, como se acaba de indicar, considera que la cláusula compromisoria debe regirse normalmente por la Ley que regula el contrato al que se halla incorporado (1). De este modo, si el contrato de base o de fondo, se somete al Derecho español, la validez y efectos de la cláusula quedará regido por este ~~sistema~~ jurídico, esto es, por los preceptos de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953. Si el contrato en el cual la cláusula está/ inserta se rige por una Ley extranjera, en este supuesto, lógicamente, sería el sistema jurídico extranjero en materia de arbitraje el aplicable a la validez y efectos de la cláusula compromisoria.

NOTAS

(1) MIAJA DE LA MUELA, op. cit. págs. 478-9

451. No obstante, este autor no acepta esta conclusión, al afirmar que para la - eficacia de la cláusula compromisoria en España, esta deberá reunir los mismo requisitos del contrato de compromiso. Solución que equivale a condicionar el régimen de la cláusula compromisoria en el sistema extranjero por las disposiciones/ del Derecho español.

De otra parte, aún cuando se afirma (1) que "normalmente" será la misma Ley la aplicable al contrato principal y a la cláusula de sumisión al arbitraje, no se establece en que casos es posible escindir el contrato y adoptar una Ley distinta para la cláusula compromisoria. El efecto de "cláusula en blanco" - o "válvula de escape" de esta ~~expresión~~ normalmente -pudiera darse, entre otros - casos, cuando las partes se someten al arbitraje conforme al reglamento de una ins

titución arbitral permanente, como ocurre en el supuesto de la Sentencia del Tribunal de París (1ª. Sala Sup) de 25 de Enero de 1.972, con referencia a la Corte de Arbitraje de la CCI.

NOTAS

(1) MIAJA DE LA MUELA, Derecho ...op. cit. pág: 478.

452. Sin embargo, en este supuesto, Muro de la Vega llega a una conclusión de signo negativo, compartida por el autor precedente (1).

NOTAS

(1) MIAJA DE LA MUELA, Derecho... op. cit. pág. 483, nota 75 : " El examen comparativo de tal ley (la española de 1.953) y el Reglamento (de la C.C.I.)... demuestra - como ha observado Muro de la Vega- que la cláusula C.C.I. no se ría válida en un contrato regido por el Derecho español."

453. Parte Muro de la Vega de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia de contratación internacional; autonomía de la voluntad que es considerada como soberana para determinar la Ley que regirá el contrato en el cual se incluye una cláusula de sumisión al arbitraje. Si las partes ha designado una Ley extranjera como aplicable al contrato internacional, se estima que dicho ordenamiento regirá también la validez y efectos de la cláusula compromiso ria de arbitraje.

454. Ahora bien, en el caso de un contrato regido por el Derecho español conteniendo una cláusula de sumisión al arbitraje, el segundo autor procede a un examen comparativo de los preceptos de la Ley interna de 22 de Diciembre de 1.953 y los contenidos en el Reglamento de la C.C.I. examen que revela, a su juicio, diferencias sustanciales, o si se quiere, las contradicciones existentes entre los dos textos. De este modo se concluye afirmando que la cláusula C.C.I. no es compatible con la Ley interna del arbitraje y por consiguiente no será válida en un contrato regido por el Derecho español. La validez de la cláusula solo es posible, por tanto, sometiendo el contrato principal a un derecho extranjero compatible con dicha cláusula (1).

El presupuesto de toda construcción, es indudable, (2) radica en la negativa a admitir la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de establecer una conexión independiente.

NOTAS

(1) MURO DE LA VEGA, op. cit. pág. 321 y 323.

(2) GONZALEZ CAMPOS, op. cit., pág. 37.

455. Este resultado es contrario al estado actual del Derecho internacional — privado en materia de arbitraje (1).

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPOS, op. cit. pág. 37.

456. Por un parte, tanto el Convenio de Nueva York como el Convenio de Ginebra consagran una amplia autonomía a las partes.

Así declara el art. V.1. a) del Convenio de Nueva York.

"Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada si esta — parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: Que dicho acuerdo arbitral no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido "

El art. VI.2. de la Convención de Ginebra, a su vez, declara que:

"Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los Tribunales nacionales, se hubiera promovido dicha cuestión deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes atenerse a la Ley que/les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán :

a) Según la Ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral.

El art. IX. 1 a) afirma asimismo que:

"La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, solo en el caso, de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya Ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las siguientes razones:

a) El acuerdo o compromiso arbitral no era válido con arreglo a la/

Ley a la cual lo sometieron las partes.

457. Por otro lado, como ya se ha indicado, la autonomía de la cláusula compromisoria, a los fines de establecer una conexión independiente, se justifica por una previa "calificación" de la cláusula compromisoria.

Ello se refleja en el art. 6 de la Resolución adoptada por el I.D. I. sobre arbitraje privado internacional, en la que se subraya la independencia del Convenio de arbitraje en relación con el litigio disponiéndose que :

"Las condiciones de validez del compromiso y de la cláusula compromisoria no están necesariamente sometidas a la misma ley aplicable a la relación litigiosa".

458. Es decir, que en el supuesto de una cláusula de sumisión al arbitraje incluida en un contrato regido por el Derecho español, resulta superfluo llevar a cabo un exámen comparativo entre el Reglamento de esta institución y los preceptos de la Ley española. El método adecuado es, en cambio, preguntarse si — las partes han querido mediante dicho convenio arbitral someter éste a un sistema jurídico, distinto del aplicable al contrato principal, sistema que sería el competente para juzgar la validez y efectos de la cláusula compromisoria.

459. La referida sentencia de la Cour d'appel de 25 de Enero de 1.972 muestra/ como en el caso de un contrato por el Derecho español se estima que las partes, en lo que concierne a la cláusula compromisoria sometién dose al arbitraje de — la C.C.I. han operado una conexión autónoma para esta (1), conexión que se re — fuerza por el dato de que el Reglamento de una institución internacional de arbitraje confiere a dicho reglamento el carácter de fuente de derecho para regir el convenio arbitral y la eventual aplicación de una Ley estatal para colmar — las lagunas del Reglamento.

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPOS, op. cit. pág. 38 .

(2) GOLDMAN, Arbitrage (Droit International privé) Répertoire de Droit Interna — tional, I, pág. 121.

460. Finalmente hay ~~que~~ señalar que la Ley del lugar donde se realiza el arbitraje, opera en cuanto conexión autónoma (1) en defecto de designación expresa - de las partes.

NOTAS

(1) GONZALEZ CAMPOS, op.cit. pág. 38.

461. Así se ha admitido por el Derecho Convencional. En ellos, se admite, lo acabamos de ver, como regla de base la autonomía de la voluntad de las partes, pero si no existe designación expresa se estará a la Ley del país, en el cual se ha dictado la sentencia arbitral o esta debe dictarse, en conformidad con la cláusula compromisoria (1).

NOTAS

(1) FOUGHARD, L'Arbitrage... op. cit. pág. 65, nota 42 estima que la competencia de la Ley designada por las partes para regir la convención arbitral — puede considerarse en nuestros días como un principio general de derecho internacional privado.

462. Como conclusión podemos decir que en una futura Ley de arbitraje se debe — asegurar la autonomía de la cláusula compromisoria .

En su dimensión sustantiva debe ser establecida mediante una norma/ que podría estar formulada en términos próximos al art. 8.2 de la Ley uniforme/ Europea en materia de arbitraje a tenor del cual

"la nulidad del contrato no implica, ipso iure la nulidad de la cláusula de arbitraje que contenga".

463. En su dimensión conflictual, se puede elaborar una norma parecida al art.- 6 de la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1.957/ según la cual.

"La validez y los efectos de la cláusula compromisoria no quedan sometidos necesariamente, a la Ley que rige el contrato en donde se halla inserta o al que se refiere".

Ello entraña la determinación por el juez español, en cada supuesto, de la Ley aplicable al convenio arbitral, con independencia de la Ley que regula el contrato.

CAPITULO SEPTIMO: CONTENIDO DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

1. INTRODUCCION

464. Con el contrato se instala entre las partes un precepto de autonomía privada, que suele denominarse "Ley del contrato". Esto es lo que quiere decir/ el art. 1091 " cuando expresa que "los contratos tienen fuera de Ley entre los partes". Tiene siempre, pues, un contenido reglamentario o preceptivo, pues a aquellas han de acomodar su conducta a la situación creada por el mismo.

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO, Sistema,..., op. cit. pág. 97

465. Estas reglas de conducta que el contrato, contiene se llaman en nuestro/ Derecho Positivo pactos, cláusulas, estipulaciones (art. 1255 Código Civil).- Estos pactos, cláusulas o estipulaciones hacen referencia, en el contrato arbitral, al proceso arbitral creado por las partes. Estos pactos pueden estar - incluso contenidos en convenios posteriores a la cláusula compromisoria.

2. DERECHO CONVENCIONAL

466. Contenido necesario

Del art. II.1. de la Convención de Ginebra se desprende que de la cláusula compromisoria debe quedar claro, sin lugar a dudas, la sumisión de - las partes a la jurisdicción arbitral. Esta sumisión hace referencia:

- a). A una relación jurídica que nazca de un contrato.
- b). A una relación jurídica extracontractual, por ejemplo que surja de una relación de vecindad o de ejercicio de una servidumbre.

NOTAS

(1) REDENTI, op. cit. pág. 16.

467. A su vez esta relación jurídica se debe relacionar con un asunto que pueda ser resuelto por medio de arbitraje.

468. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversos Autos, ha tratado de este contenido necesario. Así el AUTO, de 16 de Mayo de 1.936 concede el exe-

quatur a un laudo arbitral, entre otras razones, por la claridad con que las partes se someten a una institución arbitral.

"Resultando: que D. Luis Zanón Marqués, en Abril de 1.930, encargó/ a la sociedad inglesa "HORNBY HEMERYK and Cia" que se dedicaba con/ el carácter de comisionista a operaciones de compra venta de algod~~o~~ nes, trigo, y cafés, la compra de cien balas de algodón americano, - en la "Liverpool Cotton Association" para su entrega en Enero sigui~~en~~ te, en Septiembre del propio año le encomendó otra compra de diez/ mil "bushels" de trigo en la "Winnipeg Grain Exchangers " para su/ entrega en Marzo de 1.931, resultando que: dichos encargos se ejecu taron por la mencionado sociedad inglesa y se formalizaron las res- pectivas operaciones entre co mitente y comisionista por medio de — cartas-contratos cruzados entre ambos, cuyos originales firmados por el Señor Zanón van unidos a la Sentencia arbitral, que ha motivado/ estos autos.

Resultando : que en dichas cartas-contratos perfeccionados con — posterioridad a la fecha de la ratificación por España y Gran Breta ña del citado protocolo de Ginebra de 24 de Septiembre de 1.923, — aparecen las siguientes cláusulas compromisorias .

a) Contrato de 23 de Mayo de 1.930, sobre algodón.

"Este contrato está sujeto al " Reglamento de la Liverpool Cotton/ Association Ltd" vigente en la fecha de este contrato, el cual regla mento dispone (entre otras cosas), la liquidación de diferencias — por arbitraje y en caso de surgir alguna diferencia, se resolverá el/ asunto de acuerdo con el Reglamento"

b) Contrato de 30 de Septiembre de 1.930 sobre trigo

"El contrato del cual es nota la presente, se ha hecho teniendo en — cuenta las normas y Reglamento de la " WINNIPEG GRAIN EXCHANGEASS" - (Bolsa de Granos de Winnipeg) está sujeto a las mismas en todos sus aspectos; y cualesquiera diferencias y dispu tas que puedan surgir/

sobre el mismo, se habrán de resolver por arbitraje y cada una de/ las partes contratantes acepta nombrar su árbitro (a menos que ha ya sido nombrado previamente) cuando fuera requerido para ello por la otra parte. Dichos árbitros han de ser miembros de la " WINNIPEG GRAIN EXCHANGE ASS" y residir en Inglaterra.

469. Por el contrario, la vaguedad e imprecisión de este sometimiento es causa de denegación del exequatur .

El Auto de 28 de Mayo de 1.971 declara en uno de sus considerandos "Que el presente laudo arbitral cuya ejecución se pide en España - fue dictado a solicitud de la Casa armadora alemana Eridi DRESDER, - propietaria del buque "SINTORF" en relación con el cual, celebró un contrato de fletamento con la Compañía Mercantil española "COMER— CIAL IMPORTADORA Y EXPORTADORA S.A." de las Palmas de Gran Canaria que en cuya copia fotostática que se acompaña con la Solicitud de/ ejecución, figura una cláusula que es la número doce redactada como todo el pacto en lengua inglesa, donde textualmente se dice que "- la vería gruesa y el arbitraje—que figura añadido mecanográficamente dentro del modelo original impreso, aunque este punto no fue — impugnado por la sociedad oponente— serán resueltos de acuerdo con las reglas YORK—AMBERES de 1.950 en Londres —igualmente adicionado por mecanografía del original y asimismo sin discusión por lo que respecta a la Compañía Española— pero sin que se añada nada más,— quedando por tanto la duda si también esta materia arbitral habrá/ de someterse a las indicadas reglas del Comercio marítimo que nada dicen al respecto o deberán regularse de otra manera que no se se— ñala, sin que pueda ser ni siguiera un índice para ello la circuns— tancia de que haya de resolverse en Londres; quedando al mismo — tiempo imprecisa la determinación de los casos que deberán deci— dirse con dicho procedimiento resolutivo; defectos de iniciación - de todo lo actuado que denuncia el escrito de alegaciones presenta— do por la parte oponente al evacuar el traslado que le fue conferi— do y que recoge el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen".

470. El Tribunal Supremo, recogiendo los argumentos del oponente y del Ministerio Fiscal, declara en otro de los Considerandos.

"Pero a pesar de todo ello es también forzosamente reconocer que falta el indispensable punto inicial para que este procedimiento pueda — legalmente ponerse en marcha, tal y como los Convenios internacionales citados en primer lugar, exigen, es decir la cláusula compromisoria precisa y concreta que, por voluntad de las partes contratantes permita dar paso a aquel, con indicación de los puntos y — cuestiones que se consideren deben someterse al mismo, sin que pueda bastar la indicación genérica referida que se contiene en el — contrato de fletamento de 1.966"

471. La cláusula compromisoria debe contener, asimismo, como se desprende del Auto anterior, aquellas cuestiones que deban someterse a la jurisdicción arbitral. Sin perjuicio que se fijen en la demanda de arbitraje, o en un compromiso, es necesario que la cláusula haga referencia las mismas. Por ejemplo, "para todas las cuestiones derivadas de la interpretación y ejecución de este contrato".

472. Contenido facultativo. Las partes, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden crear en la cláusula compromisoria el proceso arbitral.

473. Hay que precisar ante todo, que por proceso arbitral comprendemos todo lo relativo al Tribunal Arbitral, procedimiento arbitral y laudo.

Cuando el Derecho Convencional habla de Ley aplicable al procedimiento, se está refiriendo a la Ley aplicable al proceso arbitral. Por tanto, — no estamos de acuerdo con aquellos que sostienen que el procedimiento arbitral comienza, en realidad desde el mismo momento en el que se suscribe la cláusula arbitral en un contrato.

En nuestra opinión, son sinónimos los términos arbitraje y proceso arbitral.

Por consiguiente, son equivalentes las expresiones "Ley aplicable/al arbitraje", "Ley aplicable al procedimiento " y "Ley aplicable al proceso — arbitral".

NOTAS

(1) CREMABES, Estudios..., op. cit., pág. 166

474. Esta autonomía de las partes en la creación del proceso arbitral convencional se limita por el art. 6.3. del Código Civil a tenor del cual :

"Los ~~actos~~ contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho".

Por tanto los pactos establecidos en la cláusula no pueden violar los preceptos imperativos de la Convención de Nueva York y de la Convención de Ginebra, que constituyen como ya hemos dicho anteriormente derecho español 475. En primer lugar a tenor del art. 4.1. de la Convención de Ginebra.

"Las partes en un acuerdo o compromiso arbitral podrán, según su criterio prever:

- a) Que sus controverisas o diferencias sean sometidas para su resolución a una institución arbitral permanente; en este caso, el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al Reglamento de la institución designada.
- b) Que sus diferencias o contiendas sean sometidas, para su resolución a un procedimiento arbitral ad hoc

476. En el primer supuesto, se trata de un ARBITRAJE ADMINISTRADO. Basta con que las partes recojan en el contrato arbitral la remisión al Reglamento de una de las instituciones administradoras del Arbitraje Comercial, Internacional. El Reglamento de institución arbitral es casi siempre un pequeño Código Arbitral, con la posibilidad para las partes de modalizarlo como quieran. El valor jurídico del Reglamento radica única y exclusivamente en la remisión contractual que las partes realizan en la cláusula arbitral. Lo más adecuado es acudir a las cláusulas -tipo recomendadas por cada una de las Instituciones Arbitrales. •

477. En el segundo supuesto se trata de un ARBITRAJE AD HOC, o arbitraje "a la medida" (1) en el cual las partes crean, ~~strictu~~ sensu, el proceso arbitral/ (2)

NOTAS

(1) FENECH, Lecciones de Doctorado, Curso 80-81

(2) No es que en el arbitraje institucional las partes no puedan organizar, el arbitraje que quieran. Lo que sucede es que dejan a la Institución Arbitral la iniciativa de hacerlo, sin perjuicio que por sus pactos, aquellos puedan modalizarlo.

478. ¿Cuales son las ventajas e inconvenientes de uno y otro ? . El Arbitraje/ ad hoc es el más adecuado al espíritu del arbitraje(1) ya que las partes eligen directamente la o las personas a cuya decisión se someten y en general predomina al máximo la Confianza.

Presenta el inconveniente de que basta con que una de las partes - no quiera, a pesar de la cláusula compromisoria, someterse a la jurisdicción - arbitral para que sea difícil que el arbitraje ad hoc tenga lugar.

NOTAS

(1) FOUCARD, L'Arbitrage..., op. cit. pág. 248.

479. En cambio, la ventaja máxima del Arbitraje administrado radica en que el proceso arbitral será eficaz, será llevado a cabo, a pesar de la actitud obstruccionista de alguna de las partes.

Y su inconveniente mayor es que falta el elemento de confianza tan propio del proceso arbitral ad hoc.

480. En el estudio que vamos a hacer a continuación consideramos como las partes pueden pactar un proceso arbitral ad hoc ideal basándose en el Reglamento de la UNCITRAL(1) y en el Derecho Convencional, especialmente la Convención de Ginebra.

NOTAS

(1) Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de Diciembre de 1.976)

481. 4) Pactos preliminares 1. Sobre notificación y cómputo de plazos. Son importantes, porque a tenor del art. V.1.b) de la Convención de Nueva York(1) — una de las partes puede alegar la ^{no} notificación para solicitar la denegación — del reconocimiento o ejecución del laudo arbitral.

NOTAS

(1) Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la Sentencia, a

instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución b) Que la parte contra la cual se invoca la Sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje.

482. Las partes podrían establecer la siguiente disposición:

"Se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta se ha recibido si se entrega personalmente al destinatario, o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de sus negocios o dirección postal, o si no fuera posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, en su última residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido entregada.

2. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en la presente cláusula compromisoria, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es feriado oficial o día no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el conjunto del plazo.

483. 2) Sobre la notificación del arbitraje. La importancia de la notificación radica en que se pone en marcha el proceso arbitral. Contiene normalmente una propuesta sobre el número de árbitros.

"1. La parte que inicialmente recurra al arbitraje (en adelante denominada "demandante") deberá notificarlo a la otra parte (en adelante denominada "demandado").

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el de

mandado.

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

- a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje.
- b) El nombre y la dirección de las partes.
- c) Una referencia a la cláusula compromisoria que se invoca.
- d) Una referencia al contrato (o relación jurídica extracontractual) del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado.
- e) La naturaleza general de la demanda y la indicación del monto involucrado.
- f) La materia u objeto que se demanda.
- g) Una propuesta sobre el número de árbitros (es decir uno o tres) cuando las partes no hayan convenido antes en ello .

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

- a) La propuesta relativa al nombramiento del árbitro único.
- b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro en caso de que se trate de un Tribunal formado por tres árbitros.

484. 3) Sobre representación y asesoramiento .

Las partes pueden prever lo que dispone el art. IV del Reglamento - de la Uncitral:

"Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. Deberán comunicarse por escrito a la otra parte los nombres y las direcciones de estas personas; esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o asesoramiento".

485. 2) Pactos sobre la composición del Tribunal arbitral

Pueden suceder que las partes nombren ya en la cláusula compromisoria quienes han de formar el Tribunal Arbitral. Necesariamente deben mencionar/

el nombre, apellidos, dirección de los árbitros.

Es posible también que las partes designen a los árbitros por su función, siempre que no haya riesgo de confusión. Por ejemplo, las partes designan como árbitro único al Alcalde de Madrid (1)

NOTAS

(1) FOUSTOUCOUS, op. cit..., pág. 94

486. Por el contrario, lo más probable es que las partes no los hayan designado y ni siquiera hayan fijado su número. En este caso las partes podrían prever la siguiente disposición.

"Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros (es decir uno o tres) y si dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción por el demandado de la notificación — del arbitraje, las partes no han convenido en que habrá un árbitro único, se nombrarán tres árbitros. "

Si se ha pactado en que el Tribunal Arbitral estará formado por un solo miembro, el procedimiento de elección podría ser el siguiente:

"Si se ha de nombrar un árbitro único, cada una de las partes podrá proponer a la otra, el nombre de una o más personas que podrán ejercer las funciones de árbitro único.

Si dentro de los treinta días siguientes a la recepción por una de las partes de una propuesta formulada de acuerdo con el párrafo anterior, las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la elección del árbitro único, este será nombrado de acuerdo con la autoridad exterior nominadora designada el art. IV.3. de la Convención — de Ginebra y, en su defecto, en la designada en el art. IV.7 de la misma Convención.

La autoridad nominadora nombrará el árbitro único en el plazo — de sesenta días (art. IV.3 Convención de Ginebra). Al hacer el nombramiento, la autoridad nominadora, procederá al nombramiento del árbitro único de conformidad con el sistema de lista siguiente:

- a) A petición del demandante, la autoridad nominadora enviará a ambas partes una lista idéntica de tres nombres, po lo menos.
- b) Dentro de los quince días siguientes a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad naminadora tras haber suprimido el nombre o los nombres que le merezcan objeción y enumerando los nombres restantes de la lista en/
el orden de su preferencia.
- b) Transcurrido el plazo mencionado, la autoridad nominadora nombrará el árbitro único de entre las personas aprobadas en las listas devueltas y de conformidad con el orden de preferencia indicado/
por las partes.
- d) Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento, la autoridad nominadora ejercerá su discre—ción para nombrar al árbitro único.

Al hacer el nombramiento, la autoridad nominadora tomará — las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente, imparcial y tendrá en cuenta asimismo, la — conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta de la nacionalidad de las partes."

487. Si las partes, en su cláusula compromisoria, han estipulado que el Tribu—nal arbitral estará formado por tres miembros, podrían pactar el siguiente modo de designación:

" Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros, así nombrados escogerán al tercer árbitro/
que ejercerá las funciones de presidente del Tribunal Arbitral.

Si dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la no—tificación del demandante en que nombre a un árbitro el demandado — no hubiera notificado al demandante, el árbitro por él nombrado, se—rá de aplicación el art. IV. 2. de la Convención de Ginebra y en su defecto el art. IV.7. de la citada Convención".

Si dentro de los treinta días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, los dos árbitros no hubieran llegado a un acuerdo sobre la elección del árbitro-presidente, este será nombrado de acuerdo con el art. IV.3. de la Convención de Ginebra, y en su defecto, con el art. IV.7 de la misma Convención".

488. Tanto el caso en que se acuda a la autoridad nominadora de la Convención de Ginebra para la elección del árbitro único como para la elección de alguno de los que forman el Tribunal de tres. Las partes pueden prever lo siguiente:

"Cuando se solicite a la autoridad nominadora o exterior a las partes prevista en el art. IV de la Convención de Ginebra su intervención, la parte que formula la solicitud (1) deberá enviar a la autoridad designadora una copia de la notificación de arbitraje, una copia del contrato del que, resulte el litigio.

La autoridad nominadora podrá requerir de cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.

Cuando los nombres de una o más personas sean propuestos como árbitros, deberán indicarse su nombre y dirección completos y sus nacionalidades."

489. En su cláusula compromisoria, las partes pueden prever la Recusación y sustitución de los árbitros.

"La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya las haya informado de ellas.

Un árbitro podrá ser recusado si exulen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación

La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante, o dentro de los quince días siguientes al conocimiento por esa parte de las circunstancias que se acaban de mencionar.

La recusación se notificará a la otra parte, al árbitro recusado/ y a los demás miembros del Tribunal Arbitral. La notificación se hará por escrito y deberá ser motivada.

Cuando un árbitro ha sido recusado, por una parte, la otra parte/ podrá aceptar la recusación. El árbitro también podrá después de la recusación, renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en — que se funda la recusación. En ambos casos, se aplicará íntegramente el procedimiento previsto en la cláusula compromisoria de nombramiento, de árbitros para el nombramiento del árbitro sustituto, incluso si, durante el procedimiento de nombramiento del árbitro recusado una de las partes no ha ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento.

Si la otra parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la decisión respecto de la recusación será tomada por la autoridad nominadora del art. IV.2. o por el IV.3. de la Convención/ de Ginebra, según se trate de un Tribunal Arbitral de tres miembros/ o de un árbitro único, el cual designará al árbitro sustituto según/ los procedimientos ya previstos para el nombramiento de árbitros.

En caso de muerte o renuncia de un árbitro durante el procedimiento arbitral se nombrará o elegirá un árbitro Sustituto de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento de los árbitros (- árbitro único o Tribunal Arbitral de tres).

490. ¿Qué, sucede con las audiencias en caso de recusación o sustitución de un árbitro? Las partes pueden prever en la cláusula compromisoria que :

"En caso de recusación o sustitución del árbitro único o del árbitro-presidente (tal como acaba de ser visto) se repetirán todas las audiencias celebradas con anterioridad; si se sustituye a cualquier otro árbitro quedará a la apreciación del Tribunal si habrán/ de repetirse tales audiencias".

491. Otras cuestiones sobre el nombramiento del Tribunal Arbitral.

a) Prescripción y cláusula compromisoria. Se entiende por interrupción de la prescripción todas aquellas causas que determinan un impedimento de la prescripción e imponen que el tiempo tenga que volver a contarse por entero de nuevo.

Entre las causas de interrupción de la prescripción, según el art. 1973 del Código Civil, se encuentra " el ejercicio extrajudicial del derecho " 492. En nuestra opinión, el hecho de que una de las partes se dirija a la otra comunicándole el nombre de su árbitro es una causa de interrupción de la prescripción.

493. Anulación del laudo . La no constitución o composición de árbitros según/ la cláusula compromisoria es causa de nulidad de la sentencia arbitral y provocará la denegación del reconocimiento o ejecución del mismo, si esta anulación se ha hecho en el país en que se dictó el laudo (art. IX.1.d Convención de Ginebra)

494. c) Orden público interno y constitución del Tribunal Arbitral. Las partes tienen plena autonomía para la denegación del Tribunal arbitral (1)

NOTAS

(1) Art. IV.1. Convención de Ginebra: Al someter sus controversias a un proceso arbitral ad hoc, las partes tendrán en otras las siguientes facultades:
Nombrar los árbitros o establecer los modos o fórmulas conforme a los cuales se designarán los árbitros en el caso de una controversia.

495. Por tanto pueden designar un árbitro no Letrado, aunque el Auto de 4 de - Marzo de 1.964 sostenga la doctrina contraria. En uno de sus considerandos declara que :

"no consta que los árbitros tuvieran la condición de Letrados, lo que hace que el laudo no lleve los requisitos esenciales que nuestras leyes exigen para otorgarle la eficacia de la cosa juzgada y/ despachar su ejecución en España"

496. Tampoco se puede sostener la doctrina del Auto de 4 de Julio de 1.976 a/ tenor de la cual:

"Tratándose de la ejecución de un laudo arbitral que ha sido dictado por un árbitro designado exclusivamente por una de las partes, ya que por aplicación de la cláusula diecinueve del contrato de fletamento se interpretó el silencio de la otra parte como renuncia a la designación de árbitro (folio 73), lo que evidentemente, va contra un principio que puede calificarse de orden público (!), y que se halla recogido en nuestro ordenamiento jurídico vigente, cual es - que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso de común acuerdo y no será válido el pacto de diferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento a ninguna de ellos (art. 22 de la Ley española de 11 de Diciembre de 1.953) e/ indicando el propio Convenio de Ginebra de 26 de Septiembre de 1.927, sobre la materia, como uno de los requisitos esenciales el que "el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público o a los principios del Derecho público del país en que se invoque (art. 1, letra e) ello constituye un obstáculo de fondo insalvable para la ejecución de la sentencia arbitral solicitada".

497. d) Arbitraje ex parte ¿ Es posible pactar en una cláusula compromisoria/ que una de las partes nombrará un árbitro en lugar de la otra, o que las partes pueden designar un número desigual de árbitros (por ejemplo, una de las partes/ puede designar dos árbitros y la otra una)? . En nuestra opinión, el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros es de orden público - internacional español. Por consiguiente, el laudo fruto de una cláusula de este estilo no podría ser reconocido o ejecutado en territorio español por viola

ción del orden público internacional (1)

NOTAS

(1) FOUSTOUCOUS, op. cit. pág. 94.

498. 3) Pactos sobre el procedimiento arbitral

1) Las partes, en sus estipulaciones, deben respetar los siguientes principios procesales:

a), PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL . Declara un sector doctrinal (1) que el procedimiento arbitral internacional se configura cada vez más como un procedimiento inquisitorio, de verdad material que faculta a los árbitros con poderes amplios para llevar adelante su misión sin recurrir a reglas rígidas de procedimiento.

b). PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES . Se debe dar a las partes los mismos derechos y las mismas obligaciones (2) .

c) PRINCIPIO DE RESPETO DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA DE CADA PARTE.

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 458.

(2) FOUSTOUCOUS, op. cit. pág. 128

499. El Derecho Convencional protege el principio de igualdad y el principio de respeto de los derechos de la defensa. Así, con respecto al segundo declara/ el art. V.1.b) de la Convención de Nueva York que :

"Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

b) que la parte contra la cual se invoca la Sentencia arbitral no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa .

Y el art. IX, 1 b) de la Convención de Ginebra afirma que " la anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral/ amparado... por el presente Convenio constituirá causa de denegación en b referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo -

en otro Estado contratante solo en el caso de que tal anulación se -
 hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cu
 ya Ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por una de las si-
 guientes razones: b) la parte que pide la anulación del laudo arbi
tral le había sido imposible, por cualquier otra causa, hacer valer
sus alegaciones o recursos.

500. Con referencia al principio de igualdad, este forma parte del orden públi-
 co procesal internacional español y por consiguiente su violación por la cláusu
 la compromisoria es causa de denegación del exequatur (art. V.2 b) Convención -
 de Nueva York.)

501. Las partes pueden prever en la cláusula compromisoria las siguientes dispo-
 siciones.

" Con sujeción a lo dispuesto por las partes en esta cláusula compro-
 misoria, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo -
 que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igual
 dad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las
 partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

A petición de cualquiera de las partes y en cualquier etapa del pro-
 cedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la pre-
 sentación de pruebas por testigos, incluyendo peritos o para alega-
 tos orales. A falta de tal petición, el Tribunal Arbitral decidirá -
 si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustancia-
 rán sobre la base de documentos y demás pruebas.

Todos los documentos o informaciones que una parte suministre al
 Tribunal arbitral los deberá comunicar simultáneamente a la otra par-
 te."

502. 2) Sobre el lugar del arbitraje. Como regla general, el laudo arbitral tie-
 ne la nacionalidad del lugar donde se ha dictado.

El criterio del lugar ha sido recogido por la Convención de Nueva -
 York en su art. I, 1.

503. Las partes pueden prever lo siguiente:

- Lugar donde se ha de seguir el arbitraje (1) (si no lo hicieren, - el Tribunal arbitral lo determinará)
- El Tribunal Arbitral podrá determinar el sitio del arbitraje dentro del país convenido por las partes. Podrá oír testigos y celebrar reuniones de consulta entre sus miembros en cualquier lugar - que estime conveniente habida cuenta de las circunstancias del arbitraje.
- El Tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier lugar que estime/ apropiado para inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos. Se notificará a las partes con suficiente antelación para permitir les asistir a esas inspecciones.
- El laudo se dictará en el lugar del arbitraje.

504. 3) Sobre el idioma, las partes, sobre esta cuestión, pueden estipular lo/ siguiente:

- El idioma que ha de utilizarse en el proceso (si no lo hacen, el/ Tribunal Arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones). La determinación del idioma se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y si se celebraran audiencias, al idioma o idiomas que hayan de/ emplearse en tales audiencias.
- El Tribunal Arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito demanda o a la contestación, y cualquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el Tribunal Arbitral."

505.4) Fijación del objeto del litigio la cuestión radica en como se pueden - identificar y proponer a los árbitros las controversias surgidas (1)

No hay duda de que ello puede ocurrir mediante un acto consensual de las partes que contenga su identificación concreta y que pueda, por tanto considerarse como una especie de compromiso mediante el cual se actúa la cláusula. Pero es práctica ya constancia que esa identificación puede hacerse (bajo forma

de proposición de cuestiones) también mediante acto unilateral de una de las partes comunicando a la otra y a los árbitros, si estos fueron ya nombrados, (demanda de arbitraje), o de lo contrario que pueda hacerse con los mismos actos que sirven para nombrarlos o para provocar su nombramiento (demanda de arbitraje contenida en la notificación de arbitraje).

Y esto es así, pues las partes, mediante la cláusula compromisoria - se han autorizado ya mutuamente a promover y soportar el proceso arbitral para todas las controversias originariamente previstas en general. Hay ya, según un sector doctrinal, una sujeción preconstituida que cada una de ellas (las partes) tiene derecho a invocar y a hacer actual y efectiva, desde el momento mismo en -- que surja una controversia que a su parecer entre en la previsión genérica.

NOTAS

(1) REDENTI, op. cit. pág. 94.

506. En consecuencia, las partes pueden estipular que :

"Dentro de un plazo que determinará el Tribunal Arbitral el demandante comunicará su escrito de demanda al demandado y a cada uno de los/ árbitros. El escrito deberá ir acompañado de una copia del contrato.

El escrito de demanda debe contener los siguientes datos:

- a) El nombre y dirección de las partes.
- b) Una relación de los hechos en que se base la demanda.
- c) Los puntos en litigio.
- d) La materia u objeto que se demanda.

El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos u otras pruebas que vaya a presentar".

507. "Dentro de un plazo que determinará el tribunal arbitral, el demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros.

. En la contestación se reponderá a los extremos b),c), y d) del escrito de demanda . El demandado podrá acompañar su escrito con los documentos u otras pruebas que vaya a presentar.

. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si--

el tribunal arbitral decidiase que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvencción fundada en el mismo contrato o hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.

- . Los datos del escrito de demanda se aplicarán a la reconvencción y a la demanda hecha valer a los efectos de una compensación".

508. Es posible también que las partes prevean modificaciones de la demanda o/ de la contestación.

" En el curso de las aclaraciones, cualquiera de las partes podrá mo dificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el — Tribunal Arbitral considere que no corresponde permitir esa modifi cación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstan cias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de tal manera/ que la demanda modificada puede excluida del campo de aplicación — de la claúsula compromisoria".

509. La fijación del objeto afecta a la competencia jurisdiccional de los árbi tros ya que estos deben fallar dentro de los límites marcados por el objeto — del litigio. Si el Tribunal se extralimitara en tal sentido el laudo arbitral/ sería nulo en virtud del art. IX.1 c) de la Convención de Ginebra, o se denega ría el exequatur del mismo a tenor del art. V.1. d) de la Convención de Nueva/ York (1). Al mismo tiempo una de las causas de interrupción de la prescripción a tenor del art. 1973 del Código Civil es el ejercicio judicial del derecho. Ba- jo esa rúbrica hay que entender incluido el hecho de la formulación de la de— manda de arbitraje.

NOTAS

- (1) Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a/ instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la eje cución : Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el com promiso o no comprendida en las disposiciones de la claúsula compromisoria/ o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la — claúsula compromisoria.

A su vez el art. IX. 1 c de la Convención ginebrina está redactado en parecidos términos.

510. 5) Sobre la declinatoria de la competencia del Tribunal Arbitral

Es de aplicación el precepto imperativo contenido en el art. V. de la Convención de Ginebra.

Sin embargo, como ni la Convención de Nueva York ni la Convención de Ginebra reconocen expresamente la autonomía sustancial de la cláusula compromisoria, Las partes podrán estipular lo siguiente:

"El tribunal Arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A estos efectos, se considera que esta cláusula compromisoria es un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato",

511. 6) Sobre otros escritos

"El Tribunal Arbitral decidirá si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos".

512. 7) Sobre plazos . Se puede preveer en la cláusula :

"Los plazos fijados por el Tribunal Arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y contestación) no deberán exceder de cuarenta y cinco días, sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá prorrogar los plazos si se estima que se justifica la prórroga. "

513. 8) Sobre pruebas y audiencias

" . Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

" . El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera pertinente requerir/ que una parte entregue al Tribunal y a la otra parte, dentro del plazo que el Tribunal Arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación.

" . En cualquier momento de las actuaciones el Tribunal Arbitral, podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas ".

514. Sobre las audiencias, para la presentación de la prueba testifical o para alegatos orales, pueden disponer las partes lo siguiente:

" . En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará/ aviso a las partes, con suficientes antelación, de su fecha, hora/ y lugar.

. Si han de deponer testigos, cada parte comunicará al tribunal ar bitral y a la otra parte por lo menos quince días antes de la Au— diencia, el nombre y la dirección de los testigos que se propone — presentar, indicando el tema sobre el que se dispondrá y el idioma en que lo harán.

. El Tribunal Arbitral hará arreglos respecto de la traducción de las declaraciones orales hechas en la Audiencia o de los actos de/ la misma si, dadas las circunstancias del caso, lo estima convenien te o si las partes así lo han acordado y lo han comunicado al Tribu^{nal} por lo menos quince días antes de la audiencia".

. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las/ partes acuerden lo contrario. El Tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de — otros testigos. El Tribunal Arbitral es libre para decidir la for— ma en que ha de interrogarse a los testigos.

. Los testigos podrán también presentar sus deposiciones por es— crito y firmadas. El Tribunal arbitral determinará la admisibilidad la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas".

515. Para la práctica de las pruebas, será necesaria muchas veces la cooperación de los Tribunales estatales, especialmente cuando los testigos rehúsen acudir — voluntariamente o presentar una de las partes las pruebas requeridas. En estos/ casos, la efectividad del arbitraje depende de la pronta cooperación de los jue— ces. (1).

NOTAS

(1) MANGARD, El arbitraje y el sistema judicial, op. cit. pág. 106.

516. 9) Sobre medidas provisionales de protección. Durante la celebración del/ proceso arbitral puede plantearse la necesidad de dictar una serie de medidas/ para salvaguardar el bien que es objeto de arbitraje. Las reglas actuales de arbitraje contienen a menudo disposiciones que permiten a los árbitros dictar — esas medidas provisionales de protección, pero en algunos países las leyes internas reservan esa facultad exclusivamente a los tribunales, basándose en que los árbitros carecen de potestas.

517. Las partes podría convenir en la cláusula compromisoria la disposición si siguiente:

"Apetición de cualquiera de las partes, el Tribunal Arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o/ que se vendan los bienes perecederos.

.Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El Tribunal Arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas".

Opinamos que esta disposición sería eficaz ante un juez español — ya que ni el Derecho Convencional ni la Ley interna de 22 de Diciembre de 1.983 prohiben que el Tribunal adopte unas medidas provisionales de protección. No/ solamente esto, sino que para que el arbitraje sea eficaz, el juez español debería efectivamente en la realización de tales medidas (1) cooperar

NOTAS

(1) MANEARD, op. cit. pág. 106.

518. En cualquier caso.

"Si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso/ arbitral, ni como un sometimiento del asunto al Tribunal judicial — para que éste resuelva en cuanto al fondo (art. VI.4. Convención/ de Ginebra)

519. 10) Sobre peritos

"El Tribunal Arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen por escrito sobre materias concretas que determinará el Tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el Tribunal.

. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquel pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del Tribunal Arbitral.

. Una vez recibido el dictamen del perito, el Tribunal comunicará/ una copia del mismo a las partes, a quines se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito - haya invocado en su dictamen".

520. Es posible, también, que las partes prevean una audiencia para oír al perito.

"Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrán presentar peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán de aplicación las disposiciones anteriores sobre las audiencias."

521. 11) Sobre rebeldía Las partes pueden incurrir en rebeldía en dos momentos diferentes:

a) El demandado no contesta a la demanda.

"Si dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral el demandado/ no ha presentado su contestación sin invocar, causa suficiente, el Tribunal arbitral ordenará que continúe el procedimiento"

b) Cualquiera de las partes no comparecen en la audiencia.

"Si una de las partes, debidamente convocada, no comparece a la audiencia sin invocar, causa suficiente, el Tribunal arbitral estará facultado para proseguir el arbitraje".

522. La declaración de rebeldía no es causa de denegación del reconocimiento o ejecución del laudo arbitral siempre que la parte rebelde haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje. (art. V.1 B) Convención de Nueva York).

523. En este sentido, el Auto del Tribunal supremo declaró, 11 de Febrero de 1961 ante la afirmación que la parte oponente que el laudo se había dictado en rebeldía, que :

"Lo que permite denegar el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral, según el propio art. V.1b) del Convenio de Nueva York es el que la parte contra la que se invoca no haya sido debidamente notificado/ de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no - hayapodido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa"; ya visto que en el presente caso se hicieron puntualmente todas/ las notificaciones indicadas como está acreditado fehacientemente, - lo que impide pensar que el oponente no pudo hacer valer sus medios - de defen sa como tampoco puede estar ahora en condiciones de hacer el alegato, cuando su incomparecencia no tiene fundamento que la unilate- ral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente aceptó, con un desprecio inadmisible de los demás elementales - principios del tráfico jurídico internacional".

524. 12) Sobre cierre de audiencias. Las partes, pueden pactar lo siguiente:

" . El Tribunal Arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más — pruebas que ofrecer o testigo que presentar o exposiciones que hacer y si no los hay, podrá declarar cerradas la audiencias.

. El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo".

525. 4) Pactos sobre el laudo

1) Sobre decisiones

"Cuando haya tres árbitros, todo laudo u otra decisión del Tribunal Arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros".

526. 2) Sobre forma y efectos del laudo

Las partes pueden autorizar al Tribunal Arbitral a :

" Dictar laudos provisionales, interlocutorios o parciales".

527. a) ¿Cabe que las partes pacten que un laudo sea firme ? Según un sector doctrinal (1) si un laudo puede ser considerado como interno, cabrá en todos los casos el recurso de casación o nulidad previstos en la Ley de 22.XII.53. Si un laudo no puede ser considerado interno, ningún recurso puede ser interpuesto — contra el mismo ante el Tribunal Supremo y solo cabe pedir a este último que — conceda el exequatur.

NOTAS

(1) FENECH, Lecciones de Doctorado, Curso 80-81

528. Las partes, por consiguiente, pueden estipular en la cláusula compromisoria que :

"el laudo se dictará por escrito y será definitivo, inapelable y — obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir — el laudo sin demora".

529. b) Motivación del laudo. Son válidos y eficaces los laudos sin motivar, a tenor de lo preceptuado en el art. VIII de la Convención de Ginebra:

"Se presumirá que las partes han convenido en el acuerdo o compromiso arbitral que el laudo arbitral deberá ser motivado, salvo :

a) Si las partes hubieran estipulado expresamente que la Sentencia arbitral no deberá ser fundada.

- b) Si las partes hubieren elegido un procedimiento arbitral dentro de cuyo marco no esté aceptada la costumbre de motivar los fallos y - siempre que, en tal caso, las partes o una de ellas no soliciten/ antes de terminar la vista o audiencia o si no hubiera habido vista antes de redactar el fallo, que éste sea fundado".

530. A tenor de este precepto, no se podría denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero en España por el hecho de que no estuviese motivado.

En cualquier caso opinamos que es mejor pactar que el laudo sea -- motivado.

531. c) Firma

"El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó. Cuando haya tres árbitros y uno de ellos - no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de firma".

532. d) Publicidad del laudo : Aunque sería interesante para una jurisprudencia internacional arbitral la publicación de las sentencias arbitrales, opinamos que las partes deben pactar que "el laudo no será público".

533 e) Otras disposiciones que pueden prever las partes.

, " EL Tribunal Arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros.

, Si el derecho de arbitraje del país en que se dicta el laudo requiere el registro o el depósito del laudo arbitral, este cumplirá este requisito dentro del plazo señalada por la Ley"

534. 3) Sobre la Ley aplicable. Es aplicable el art. VII de la Convención de/ Ginebra.

"Las partes podrán, según su libre criterio determinar de común - acuerdo la Ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la/ controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la Ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros

estimaren apropiada en el caso en cuestión.

En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

- . Los árbitros actuarán en calidad de amigables compondores si tal es la voluntad de las partes y lo permite la Ley aplicada al arbitraje.

535. 4) Transacción u otros motivos de conclusión del proceso.

"Si antes de que se dicte el laudo las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el Tribunal Arbitral dictará una orden de conclusión del proceso, o si lo piden ambas partes y el Tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado.

Si antes que se dicte el laudo se hace innecesaria o imposible la continuación del proceso arbitral por cualquier razón no mencionada en el párrafo anterior, el Tribunal Arbitral comunicará a las partes su propósito de dictar una orden de conclusión del proceso. El Tribunal Arbitral estará facultado para dictar dicha orden, a menos que una parte haga valer razones fundadas para oponerse a esa orden.

- . El Tribunal Arbitral comunicará a las partes copias de la orden de conclusión del proceso o del laudo arbitral, en los términos convenidos por las partes, debidamente firmadas por los árbitros. Cuando se pronuncie un laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, se aplicará lo dispuesto anteriormente sobre forma y efecto del laudo.

536. 5) Sobre interpretación y rectificación del laudo. Aunque es propio de la función jurisdiccional el que los árbitros puedan interpretar y reparar los errores y omisiones materiales del laudo sin necesidad de acuerdo entre las partes, sin embargo, sería mejor que estos estipulasen que:

"Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, — cualquiera de las partes podrá requerir del Tribunal Arbitral, notificando a la otra parte, una interpretación del laudo.

La interpretación se dará por escrito dentro de los cuarenta y — cinco días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo.

Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, — cualquiera de las partes podrá requerir del Tribunal Arbitral, notificando a la otra parte, que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error — de naturaleza similar. Dentro de los treinta días siguientes a la comunicación del laudo, el Tribunal Arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

Estas correcciones se harán por escrito."

537. 16) Sobre Costas. No hace falta que las partes pacten sobre costas. "El — Tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del proceso". El término costas comprende lo siguiente:

- a) Los honorarios del Tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio Tribunal.
- b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros.
- c) El costo del asesoramiento parcial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral.
- d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el Tribunal Arbitral.
- e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora/ si se hubiera reclamado dicho costo durante el proceso arbitral y solo en la medida en que el Tribunal Arbitral decida que el cuanto de este costo es razonable.
- f) Calesquiera honorarios y gastos de la autoridad designadora"

538. Sobre el reparto de las costas:

- " . En principio, las costas del proceso arbitral serán a cargo de - la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrtear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes/ si decide que el prorr~~ateo~~ateo es razonable, teniendo en cuenta las/ circunstancias del caso.
- . Respecto del costo de representación y de asistencia de Letrado/ el Tribunal Arbitral decidirá teniendo en cuenta las circunstan- cias del caso, que parte deberá pagar dicho costo, o podrá prorrtearlo entre las partes si decide que prorr~~ateo~~ateo es razonable.
- . Cuando el Tribunal Arbitral dicte una orden de conclusión del — proceso arbitral o un laudo en los términos convenidos por las - partes, fijará las costas del arbitraje en el texto de esa orden o de ese laudo.
- . El Tribunal Arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por/ la interpretación, rectificación de su laudo."

539. Es necesario que las partes convengan sobre el depósito de las costas.

- " . Una vez constituido, el Tribunal Arbitral podrá requerir a cada/ una de las partes que deposite una suma igual, en concepto de an ticipo de las costas procesales por honorarios de árbitros, gas- tos de éstos y costo de asesoramiento.
- . En el curso de las actuaciones, el Tribunal Arbitral podrá requerir depósitos adicionales de las partes.
- . Si transcurridos treinta días desde la comunicación de requerimiento del Tribunal Arbitral los depósitos requeridos no se han/ abonado en su totalidad, el Tribunal Aribtral informará de éste/ hecho a las partes a fin de que cada una de ellas pueda hacer el pago requerido. Si este pago no se efectua, el Tribunal Arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del proceso de arbi- traje. "

3. DERECHO INTERNO

340. Contenido necesario

El art. 8º. de la Ley interna de arbitraje dice: "El contrato preliminar de ar-

bitraje no necesitará contener ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros ni la del tema controvertido que se someterá a su decisión.

Sin embargo, será preciso, en todo caso, una fijación, por lo menos de principio de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona.

En el caso de que el contrato preliminar de arbitraje contenga alguna indicación sobre designación de los árbitros y determinación de la controversia, tal indicación habrá de acomodarse a las normas establecidas para el compromiso por esta Ley."

Por consiguiente, la cláusula compromisoria debe fixar la relación jurídica singular que ha de referirse ya que no es válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona.

541. El profesor Guasp (1) ha descrito lo que es una relación jurídica singular:

"La idea primaria de la Ley parece clara y ella misma la interpreta/ a continuación al prohibir las renunciaciones generales a las acciones judiciales. Lo que ha querido decir la Ley es: "tú no puedes, por vía/ de contrato preliminar hacer una renuncia general indeterminada a — las acciones judiciales que te pueden corresponder; tienes, en el — precontrato que anunciar de alguna manera el tema concreto, aunque — no lo especifiques como en el compromiso; hace falta que no sea toda tu personalidad la que quieras sustraer a la acción de los Tribunales de Justicia ". La Ley en principio, aparece, clara: prohibición/ de la renuncia general a acudir a los Tribunales. Pero se ha planteado el problema de la felicidad o infelicidad de la fórmula que habla de relaciones jurídicas "singulares", para limitar a ellas el contenido propio de los contratos preliminares de arbitraje, y se ha preguntado que es, en definitiva, eso de una " relación jurídica singular". Parece pues, que a la hora de tratar de aclarar el contenido de

la Ley no puede obviarse algún intento de explicación de esa fórmula. Una relación jurídica es, por esencia, una vinculación entre un par típico de conceptos: el concepto de poder y el concepto de deber. En efectos, la relación jurídica es aquella ~~nación~~ por la que se reducen a una idea unitaria el poder de una persona y el deber de otra. En virtud de una relación jurídica cualquiera alguien pide y alguien tiene que dar, lo que en la relación jurídica obligacional, se ve más claro, como anverso y reverso, de una misma figura - crédito y deuda."

542. "Ahora bien, es posible que en una relación jurídica existan más de un par de conceptos que constituyan el elemento indefectible de toda ella. Puede perfectamente ocurrir que una relación jurídica se componga, no de un solo poder y un solo deber, sino de varios poderes y de varios deberes: por ejemplo, en la compraventa, típica relación jurídica, no hay solo el poder del comprador de pedir la entrega de la cosa y el deber del vendedor de entregarla, sino que -- hay, por lo menos, otro poder del vendedor de pedir el pago del precio y otro deber del comprador de tener que pagarlo. Por consiguiente una relación jurídica es: o simple o múltiple si está integrada por una pluralidad de poderes y deberes. Pero hay relaciones jurídicas/ en las que esos poderes y deberes, esas vinculaciones, se establecen de una manera que no es sólo común a ellas, sino que trascienden a otras posibles, sean o no afines. Hay relaciones jurídicas -- que se diferencian de las otras, sean únicas o múltiples, por el hecho de que las vinculaciones que contienen son comunes a otras figuras jurídicas que de ellas se diferencian. Ejemplo típico: las relaciones jurídicas de Estado, el que una persona sea menor o mayor de edad, una persona sea normal de salud mental o loco o demente se/ traduce, desde luego, en una pluralidad de relaciones jurídicas; -- sin embargo, una pluralidad de relaciones jurídicas cuyas vincula-- ciones no se agotan en ellas mismas, sino que trascienden a otras,

complican a otras, prejuzgan a otras, que no podrán recibir un tratamiento distinto sin incurrir en contradicción.

Las relaciones jurídicas singulares únicas o múltiples pueden ser objeto de un contrato preliminar de arbitraje. Sobre una compraventa se puede comprometer, sobre una sociedad se puede comprometer. — Las relaciones jurídicas complejas, aquellas cuyas vinculaciones — son comunes a una pluralidad de elementos, entre sí intrínsecamente distintos, como las relaciones jurídicas de estado, u.g.r., no pueden ser objeto de un contrato preliminar. No se puede comprometer — sobre la capacidad de una persona, no se puede comprometer sobre si es o no menor de edad, no se puede comprometer sobre si es o no demente o sano, no se puede comprometer, en definitiva, sobre el estado".

543.

"Se dirá: pero es que esto se produce por el carácter indisponible — de las relaciones jurídicas de estado; se produce porque las partes no tienen en sus manos el alterar su Status personal. Sin embargo, — es necesario creer que las relaciones jurídicas de estado, que aquí se utiliza como ejemplo de relaciones jurídicas complejas, o no singulares afectan tan solo a la condición de las personas. El estado/ es una categoría jurídica que puede predicarse de cualquiera de los/ elementos del derecho, lo mismo de los sujetos, estado personal, — que de los objetos, que los actos. Por ejemplo, una típica relación jurídica, de estado objetivo, es la condición de mueble o inmueble/ de una cosa. Cuando se discute si una cosa es mueble o inmueble no se discute sobre una relación jurídica singular, se discute sobre — un estado de esa cosa que repercute en una pluralidad de relaciones jurídicas, que forma, por tanto, el objeto de una auténtica relación compleja. Pues bien, lo que la Ley de Arbitraje quiere decir es que esa relación jurídica compleja, por ejemplo el estado mueble o inmueble de una cosa, no puede ser objeto de una cláusula compromisoria. Podrá serlo, si se añade a continuación a los efectos de aclarar la

suerte de un contrato determinado, pero un contrato de arbitraje - que tratara de decidir, con fuerza prejuzgadora para cualquier clase de relaciones jurídicas, si una cosa es mueble o inmueble, carecería de validez, porque no es una relación jurídica singular, sino compleja, y porque sobre relaciones jurídicas complejas no tiene poder de disposición las partes que intervienen en un contrato. Si bien no por falta de capacidad, sino por esa limitación de la posible trascendencia, cuando el carácter afecta a una relación jurídica de tal carácter."

NOTAS

(1) GUASP, El Arbitraje..., op. cit. pág. 90 y 94.

544. La Sentencia de 23 de Febrero de 1.960, ha aclarado aún más el término - "relación jurídica singular" al declarar que :

"Es inoperante la alegación hecha por el recurrente de que no se acordaba en el contrato preliminar la relación jurídica singular de la controversia ya que se decía en la mencionada cláusula séptima - que se sometería al arbitraje "cualquiera duda o discrepancia que pueda suscitarse entre las partes con ratantes acerca del cumplimiento de este convenio".

545. Contenido facultativo

. Aunque es el compromiso el que tiene la función de organizar el arbitraje, cabe también hacerlo, en cierta manera, en el pacto compromisorio, haciendo la salvedad de que todo el aspecto organizativo de éste debe luego ser recogido en aquel. Esto está permitido en el art. 8, párr. 3º. L.A. : "En el caso/ de que el contrato preliminar de arbitraje contenga alguna indicación sobre designación de los árbitros y determinación de la controversia, tal indicación habrá de acomodarse a las normas establecidas para el Compromiso por esta Ley".

546. La jurisprudencia, interpretando este artículo, ha establecido lo siguiente en la ST. de 3 de Marzo de 1.954:

"Frecuentemente se incorpora a los contratos civiles y más especial-

mente a los mercantiles un pacto en virtud del cual los contratan—
tes autorizados por la Ley, sustituyen el órgano estatal encargado/
de administrar justicia por jueces privados a quienes someten la de—
cisión de posibles y futuras discrepancias, que surgen en la ejecu—
ción o desenvolvimiento del contrato principal; es la cláusula com—
promisoria que en principio solo exige la expresión del vínculo ju—
rídico de sometimiento a lo que resuelvan árbitros o amigables/
componedores; pero nada impide que la cláusula sea adicionada con —
estipulaciones propias del contrato de compromiso que había de for—
malizarse en escritura pública, si el evento de la discrepancia se/
produce, cual ocurrió en el caso ahora contemplado, en el que al pu—
ro pacto preliminar de sumisión se añadió la designación de cuatro
comunes amigos, uno referido al Presidente de la Cámara de Comercio/
y los tres restantes a elección de cada uno de los tres interesados/
en el contrato principal de sociedad"

547. Vamos a examinar alguno de los pactos más importantes que pueden ser pre—
vistos en el contrato preliminar de arbitraje:

548. 1. Pacto sobre arbitraje administrado

El art. 20. L.A. declara: "El nombramiento de árbitros habrá de re—
caer en letrados que ejerzan la profesión.

No obstante, si las partes estipulan que los árbitros puedan fallar,
no con arreglo a Derecho, sino a su saber y entender, podrán designar a quienes/
prefieran con tal de que sean personas naturales, que estén en el pleno ejerci—
cio de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir."

De la dicción de este artículo se descarta el arbitraje de persona —
jurídica.

A su vez, el art. 22 L.A. párr. 2º. se expresa del siguiente tenor:
"No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un ter—
cero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos". (—
es decir, de ninguno de los árbitros).

De los arts. 20 y 22 se excluye el arbitraje de la Ley de 22.XII.53 —

de las Instituciones de Arbitraje, Colegios y Corporaciones.

549. La ST. de 30 de Abril de 1.959 declara que :

"en la institución de arbitraje, esencialmente una, para dirimir o solucionar conflictos, cabe distinguir tanto doctrinalmente como en la práctica, diversos aspectos o concepciones que tendentes al mismo fin, tienen su origen y regulación en diferentes campos del Derecho; y así debe diferenciarse el arbitraje de tipo privado de carácter general, regulado en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil y actualmente en la Ley de 22.XII.53, del arbitraje de tipo corporativo exigido a sus miembros por diversas Cámaras, - Colegios o Consulados de carácter público, que se regula por sus respectivos Estatutos y por último, el arbitraje ordenado por los organismos paraestatales o infraestatales, establecido con carácter obligatorio para regular las relaciones entre los asociados sindicados para quienes fue establecido y que se rige por los Reglamentos o Estatutos Sindicales, o sea que prescindiendo de la institución en el Derecho internacional, y actuando únicamente en su aspecto de Derecho privado, deben diferenciarse dos grupos de arbitraje, deben diferenciarse dos grupos de arbitraje: el genuinamente voluntario y privativo para los particulares, regulado en la Legislación Común, comprensivo del primero de los grupos enunciados, y el de Derecho Público de entidades infraestructurales o paraestatales, - regulado en los Estatutos o Reglamentos de carácter forzoso y en que se incluyen los dos últimos grupos referidos, conforme la propia Ley de 1.953 admite en su articulado "

550. Sin embargo, por Real Decreto 1094/1981 de 22 de Mayo se ha agragado a — nuestra Ley interna unos preceptos destinados a regular el arbitraje comercial internacional mediante los cuales las partes pueden convenir en su cláusula — compromisoria, acudir al arbitraje institucional de las Cámaras de Comercio, - Industria y navegación. Dice en su art. 1º.

"El Consejo Superior de Cámaras Oficiales del Comercio, Industria, y Navegación de España podrá realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un servicio de Arbitraje Comercial Internacional"

Art. 2º.

"El arbitraje comercial internacional aplicará respecto de aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que hayan sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados".

Art. 3º.

"Para la resolución de los conflictos que se sometan a la decisión de los árbitros insertos en el Servicio que cree el Consejo Superior de Cámaras serán de aplicación tanto los Convenios y tratados/ de Arbitraje Comercial Internacional que hayan sido suscritos y retificados por España, como las resoluciones adoptadas por organismos internacionales, siempre que en uno u otro caso, sean de aplicación en España por formar parte del ordenamiento interno".

Art. 4º.

"Las funciones que se reconocen al Servicio de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras, a que se refiere el art. 1º. en los términos que en el mismo se señalan, se ejercerán sin perjuicio de lo - que, en la misma materia puedan ser efectuadas por otras personas/ jurídicas o naturales.

Art. 5º.

" Se autoriza a los Ministerios de Justicia y de Economía y Comercio para dictar las normas de desarrollo del presente Real Decreto"

Por consiguiente, este Decreto se aplicará a aquellos procesos - arbitrales que nazcan de las cláusulas compromisorias convencionales.

551. 2. Pacto sobre designación de árbitros

Este pacto debe respetar los siguientes preceptos de la Ley de Arbitraje:

a), Art. 21: " Los árbitros serán siempre en número uno, tres o cinco".

b) art. 22: "los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de diferir a una de las partes o a un — tercero la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos".

¿Que sucede si alguno de los árbitros designados en la cláusula compromisoria muere o renuncia o le sobreviene alguna imposibilidad antes de la formalización del compromiso?

Según la doctrina más tradicional, el pacto compromisorio queda sin efecto, porque el nombramiento de otro árbitro alteraría esencialmente el contrato preliminar; sin embargo, pensamos que cabe el nombramiento de un sustituto de/ Común acuerdo entre las partes. Para dejar resuelto este problema, lo mejor es — que al designar los árbitros, fijen las partes en la cláusula el modo o procedimiento de sustitución.

552. 3. Pactos sobre las normas de procedimiento.

Si las partes optan por un arbitraje de derecho, las normas del procedimiento vienen imperativamente fijadas en el art. 27 Ley de Arbitraje.

553. Según un autor⁽¹⁾ es posible concluir los siguientes pactos lícitos:

- a) Que los actos procesales de instrucción se celebren o lleven a término sin publicidad extraña a las partes.
- b) Poder actuar en días y horas inhábiles para los Tribunales judiciales.
- c) Si no hay árbitro-presidente, delegar en uno para los medios probatorios de poca monta.
- d) Radicar en algún árbitro el cometido de secretario.

NOTAS

(1) VALCARCE, op. cit. pág. 219.

554. Son pactos ilícitos.

- a) Pacto por el que se excluye cualquier medio de prueba admitido por la Ley Procesal común.
- b) Valorar de común acuerdo alguno o algunos medios de prueba que más tarde habrán de utilizarse, pues la valoración del elemento probatorio es facultad de/ los árbitros y no de las partes, aunque están de acuerdo en la cláusula compromisoria.

- c) Cualquier otra estipulación que sea opuesta a los principios rectores del proceso.

Si las partes escogen el arbitraje de equidad, pueden a cambio modular el proceso, siempre que los árbitros den a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias (art. 29 Ley de Arbitraje)

555. OTROS PACTOS. Todos aquellos que se refieran a los extremos que deben contenerse en la escritura pública de compromiso (art. 17 Ley de Arbitraje)

- a) Sobre el plazo o término en que los árbitros hayan de dictar laudo.
- b) Sobre el lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje.
- c) Las partes podrán estipular que habrán de pagarse las multas que se fijen en el pacto compromisorio, como cláusula penal, por el incumplimiento del pacto, en sustitución o con independencia del derecho a pedir su ejecución.

556. En general tiene poco interés el estudio del contenido facultativo del contrato preliminar desde el momento en que todo hay que referirlo al Compromiso.

CAPITULO OCTAVO: CLAUSULA COMPROMISORIA INSUFICIENTE

1. PROCESO DE FORMALIZACION JUDICIAL DEL COMPROMISO.

557. Introducción y antecedentes

En la Ley de 22.XII.53, la cláusula compromisoria provoca el efecto/ que las partes se vean obligadas a la conclusión del contrato de compromiso, formalizado en escritura pública.

558. Se trata de una obligación recíproca de contratar cuya cara activa es un derecho también recíproco a exigir la celebración del contrato de compromiso. Como la celebración del nuevo contrato se verifica mediante la emisión de un nuevo consentimiento, la prestación debida por cada una de las partes es una nueva declaración de voluntad(1)

NOTAS

(1) ALSINA, Tratado teórico-práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial 1.948 III, pág. 805 y ss.

559. ¿Qu sucede si una de las partes se niega a concluir el contrato de compromiso o lo hace de modo que resulte inaceptable?(1)

NOTAS

(1) Art. 9, párr. 2º. Ley 22.XII.53.

560. Antes de la Ley de 22. de Diciembre de 1.953, no había ninguna solución legislativa para resolver este problema.

Se decía que al nacer la cláusula compromisoria una obligación de/ hacer, de carácter personalísimo, la parte que se niega a celebrar el contrato de compromiso no podía ser ni coercido ni sustituido. A la otra no le quedaba/ más camino que el dirigirse a los Tribunales y conseguir, por medio de un juicio declarativo ordinario, que aquellos condenen al infractor a otorgar el compromiso; si a pesar de ello el condenado incumple la condena, revierte la jurisdicción sobre el fondo a los Tribunales y debe iniciarse otro proceso declarativo en el que la parte lesionada podrá exigir indemnización de daños y perjuicios siempre que se prueba la ~~existencia~~ real de éstos (1),

NOTAS

(1) CARRERAS, Contribución al estudio del arbitraje Ensayo de Derecho Comparado, Estudios de Derecho Procesal, Barcelona., 1.962, pág. 443.

561. Esto era absolutamente incongruente ya que la cláusula se había pactado - con el fin de evitar el pleito y economizar tiempo y gastos en la solución del posible litigio; y si una de las partes obra de mala fé, la otra, en vez de conseguir el fin propuesto, debe litigar primero para obtener la condena del contrario y evitar si se demanda directamente sobre la cuestión de fondo pueda el otro oponer la excepción de incompetencia; luego una vez ha vencido puede presentar la demanda principal, complicada además con la reclamación de daños y perjuicios.

562. En este sentido la Sentencia de 21 de Junio de 1.946 declaraba que:

"El pacto compromisorio de amigable composición tiene fuerza obligatoria que deriva inmediatamente de la autonomía de la voluntad/ amparada por los arts. 1820 y 1821 LEC y en su normal desenvolvimiento produce en el orden jurisdiccional, el efecto de remitir el conocimiento de la cuestión controvertida a los amigables compondores designados que sustituyen en la función IUS DICERE a los Tri

bunales ordinarios, ~~más~~ si el pacto no se cumple normalmente por alguna de las partes contratantes pueden surgir situaciones que — exijan un trato jurídico distinto y determinante del imperio del — pacto en el caso de que se acuda a la jurisdicción ordinaria sin — intentar previamente los medios de concordia que para la ejecución/ del compromiso impone a los contratantes el art. 830 LEC, caso diferente en que intentados esos medios sin resultado, el incumplimiento del pacto se traduce en resistencia de uno de los interesados — para la designación de los amigos comunes o en la imposibilidad de llegar a un acuerdo acerca de los puntos que han de ser objeto de/ la composición; en estos casos la Ley no ofrece medios coercitivos que permitan vencer al rebelde obligándole a otorgar la escritura/ pública de compromiso, sino que se aviene a que se quede sin efecto el pacto de amigable composición con la consiguiente devolución/ jurisdiccional a los Tribunales Ordinarios, aunque con la Sanción/ al rebelde de indemnizar a la parte contraria los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya producido, restableciendo así — el equilibrio jurídico mediante la prestación económica equivalente a la prestación "innatura", lo que está autorizado por las normas generales de la contratación".

563. Se dijo (1) que esta cuestión podría subsanarse mediante el expediente de jurisdicción voluntaria a que se refiere el art. 2177 LEC y concordantes (2) El Juez de primera instancia podía nombrar los que debían actuar como amigables componedores. Ahora bien, no bastaba con tener jueces para que pudiera actuarse el proceso arbitral de amigable componedor, toda vez que la escritura de — compromiso, con la cual éste inicia, exige la determinación de otros extremos/ distintos del relativo a las personas designadas como amigables componedores — y especialmente las cuestiones que han de someterse a la decisión de ellos y — el plazo dentro del cual han de resolver.

NOTAS

(1) OMAR Y GELPI, la cláusula de amigable composición, Rev. Derecho Privado, —

1.946, págs. 273 y ss.

- (2) Art. 2175: " Cuando a tenor de lo dispuesto en el art. 324. del Código, el Juez haya de intervenir en el nombramiento de árbitros, cualquiera de los/ interesados podrá pedir se señale un término prudencial para que dicho nombramiento tenga lugar. Transcurrido el término señalado sin verificar el nombramiento, el Juez lo hará de oficio en las personas, que según su concepto, sean peritos e imparciales para entender en el negocio que se dispute".

Art. 2176: "Si los interesados no se pusieran de acuerdo para el nombramiento de árbitros, en los casos a que se refieren los arts. 323, 345 y 909 del Código y en cualquier otro, en que según sus prescripciones deba hacerse, podrá cualquier de ellos acudir al Juez en solicitud de que los nombre. — Presentado el escrito en que se pida el nombramiento, el Juez señalará un/ término que no exceda de los diez días para que los interesados lo hagan — por sí, y transcurrido sin haberlo hecho, el Juez procederá según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior".

Art. 2177. " Cuando se haya estipulado que la resolución de algún asunto — se sujete a la decisión de amigables compondores, el nombramiento de estos se hará con arreglo a los trámites establecidos en los artículos precedentes"

564. La jurisprudencia (1), a su vez, había declarado:

"No entra en las facultades del Juez que interviene en el expediente de jurisdicción voluntaria el determinar las materias que habrán de resolver los amigables compondores ni otra cosa distinta/ que la mera designación de estos".

NOTAS

(1) Sentencia de 12 de Febrero de 1.904.

565. No había, por consiguiente, posibilidad de que el Juez fuera más allá del nombramiento. Es decir, que nombrados los amigables compondores, quedaban por determinar extremos tan esenciales e importantes como las cuestiones que éstos han de resolver, y el plazo dentro del cuál han de dictar el laudo. Todo esto/ no lo puede hacer el Juez, incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1) llega a declarar que :

"Este (el juez) no puede otorgar la escritura de compromiso en rebeldía del que ha de ser demandado".

NOTAS

(1) Sentencia del TS de 15 de Febrero de 1.909.

566. Para dar verdadera eficacia al pacto compromisorio en el Congreso jurídico celebrado en Barcelona en el mes de Mayo de 1.936, se propuso la reforma del art. 2176 LEC. La reforma debía comprender los siguientes extremos:

1. El artículo debía referirse a los asuntos civiles en general, y no solamente a los asuntos mercantiles (1)
2. El juez determinará las cuestiones que exigía la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a los extremos exigidos para la validez del contrato de compromiso
3. El artículo se referiría tanto al llamado juicio arbitral como al juicio de amigables compondores".

NOTAS

- (1) PRIETO CASTRO; Vigencia del art. 2177 LEC. Sobre nombramiento de amigables compondores en litigios, de Sociedades, Estudios y Comentarios para la — teoría y la práctica procesal civil, II, Reus, Madrid, 1.950, pág. 484.

567. El art. 2176 LEC debía quedar redactado en los siguientes términos.

"Si los interesados no se pusieran de acuerdo para el nombramiento de árbitros o de amigables compondores en los casos a que se refiere el Código de Comercio y en cualquier otro en que según sus prescripciones, o por pacto de las partes deba hacerse, podrá cualquiera de ellos acudir al Juez en solicitud de que los nombre en conformidad a la Ley o a la cláusula pactada. El escrito en que se pida el nombramiento contendrá los puntos sobre los que debe versar el fallo de la amigable composición. El juez, en vista del escrito y documentos, señalará un término, que no excederá de 10 días, para que los interesados hagan el nombramiento y la sumisión a los puntos sobre que deba versar el fallo ante Notario público, transcurrido dicho término sin haberlo hecho, el Juez procederá a otorgar de oficio la escritura de compromiso, en la cual nombrará los árbitros o amigables compondores y determinará la cuestión que han de someterse a éstos".

568. Se justificaba esta reforma diciendo que el contrato preliminar podría ser

concebido como un contrato de posible cumplimiento específico, admitiéndose que el Juez, en sustitución del contratante que incumple, puede nombrar de oficio - a árbitros o amigables componedores y determinar la controversia.

569. La Ley de 22 de Diciembre de 1.953, asumió el espíritu de esta reforma.

En su Exposición de Motivos declara que:

"Para remediar estos inconvenientes, la Ley se decide rotundamente - por una posibilidad de ejecución específica, mediante la institución de lo que llama formalización judicial del compromiso que, como su - nombre indica, consiste en la intervención del Juez para obligar a - la parte que se niegue, expresa o tácitamente, a cumplir con su convenio primitivo, a estar y pasar por el mismo, o en su defecto, por/ las declaraciones que el Juez haga en su lugar."

570. Se ha dicho (1) que la posibilidad de la efectividad forzosa del contrato - preliminar, a pesar que de lugar a una obligación de hacer personalísima, es la - disposición más trascendental de la Ley que, por sí sola, justifica su promulgación.

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO, Pacto...op . cit. pág. 1167.

571. En consecuencia, la reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de la cláusula compromisoria rompe radicalmente en este punto con el criterio anterior y establece la posibilidad de un cumplimiento real, no meramente - indemnizatorio del contrato preliminar de arbitraje.

572. La jurisprudencia ha asumido este cambio de nuestra Legislación interna de/ arbitraje:

Así la Sentencia de 5 de Mayo de 1.958 afirmaba que:

"La cláusula compromisoria es un precontrato o contrato anterior a - otro que se concluye actualmente y que vincula a las partes -y solo/ a ellas- a la formación de un negocio futuro(compromiso) cuyas li---neas generales y de principio ha de contener aquella para conocer de/ ante mano a que estipulaciones quedan obligadas resolviéndose en definitiva en una prestación de hacer colaborando activamente a una --

declaración de voluntad contractual con el fin de eliminar "a priori" la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado al — surgir controversias que incidan en las relaciones o situaciones de derecho dispositivo (derechos-poderes) y que los propios interesados, por varias razones, desean solucionar, no directamente por la transacción, sino a través de criterios decisorios emitidos por personas de su más absoluta confianza, a caso especializadas en la materia y fuera de solemnidades forenses, de tal modo que el antiguo principio y hasta el prejuicio de la intangibilidad de las declaraciones de voluntad viene hoy revisado por la doctrina y la legislación, al advertirse que al ser conocidas en determinados supuestos/ pueden vitalizarse o dar vida "in natura" a las referidas cláusulas, bien mediante un procedimiento breve de índole judicial en el que — el Juez estatuye el compromiso (sistema patrio: Ley 22 de Diciembre de 1.953), sea porque la misma sentencia haga las veces del contrato principal, ahorrándose así expedientes dilatorios y reclamaciones por daños y perjuicios que, en otro caso, se producirían ante — conductas rebeldes a lo pactado y claro es, como todo contrato, solo obligan a las partes y a sus herederos, a tenor del art. 1257CC/ sin que admitan, por otro lado, interpretaciones extensivas dada la finalidad eliminatoria que persigue, pues los Tribunales "strictu sensu" constituyen los órganos del Estado ante los cuales se deben/ plantear los problemas litigiosos, por vía general".

573. La Sentencia de 3 de Mayo de 1.975 sostenía que :

"La cláusula contractual no integra de por sí más que un convenio — preparatorio de arbitraje a los que hace referencia el art. 6. de — la Ley de 22 de Diciembre de 1.953, que autoriza a las partes intervinientes a comprometerse en su día, si hubiere lugar a ello, a un arbitraje, pero en modo alguno la referida cláusula puede reputarse la, como eficaz para reconocer a su través la existencia de aquel — contrato, sino en todo caso del Convenio preliminar o precontrato —

regulado por los arts. 8 y 9 de la citada Ley el que no puede producir otro efecto que el de compelerse recíprocamente las partes a la formalización del contrato de arbitraje, al amparo de lo que determina el art. 9 (1) de la misma Ley o en su defecto acudir al Juzgado, en súplica de logre la formalización judicial del mismo".

NOTAS

- (1) Art. 9: "los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido".

Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo, o lo hiciera de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso".

574. Así mismo, la Sentencia del TS, de 11 de Octubre de 1.979 dice que:

"La cláusula compromisoria establecida en la escritura de constitución de sociedad conforme a la cual "cualquier diferencia entre los socios con relación a esta sociedad será resuelta por arbitraje establecido en la Ley de 1.953", es figura distinta al compromiso, no integrando sino un Convenio preparatorio de arbitraje que autoriza a las partes intervinientes a compelerse recíprocamente a la formalización del contrato de arbitraje en donde radica la fuerza vinculante de esa cláusula conforme al art. 1091 CC (1) -o en su defecto acudir al Juzgado para logre la formalización judicial del mismo".

NOTAS

- (1) Art. 1091: "Las obligaciones que nacen de los contrato tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos".

575. Vamos a estudiar ahora el PROCESO DE FORMALIZACION JUDICIAL DEL COMPROMISO.

Presenta las siguientes características:

1. Es un verdadero PROCESO, en el cual los Tribunales actúan como órganos de la jurisdicción (1). Ejercen una actividad jurisdiccional.

NOTAS

- (1) GUASP, El Arbitraje... op. cit. pág. 100.

576. 2. Según un sector doctrinal, (1)

es un proceso DECLARATIVO, ya que lo que pretende el denunciante, - en este juicio de formalización no es que el Juez materialmente haga algo, es decir que realice una conducta física, mudando la situación material, tal como - existe entre las partes, sino que lo que reclama es que emita ciertas declaraciones.

NOTAS

(1) GUASP, op. cit. pág. 101.

577. Según un sector doctrinal (1)

Se trata de un proceso de EJECUCION, ya que nos hallamos en presencia de una verdadera sustitución de una declaración de voluntad por la actividad jurisdiccional. El Estado ha convertido en fungible jurídicamente la declaración que antes no lo era.

Por consiguiente, se puede calificar de acto de ejecución forzosa - la resolución que formaliza el compromiso, de acción ejecutiva la que pone en - marcha el proceso y de proceso de ejecución especial el proceso mismo en que se pide la formalización del compromiso.

NOTAS

(1) CARRERAS, El Embargo de Bienes, pág. 80 y ss., Bosch, Barcelona, 1.957.

578. Las normas de procedimiento por las que se rige este proceso están contenidas en el art. 10 de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953.

579. Según declara la Exposición de Motivos de la Ley intervención judicial se/ ha reducido a las mínimas dimensiones, pues solo consiste en una petición de - parte con posible oposición de la contraria y una resolución judicial por medio de auto, que no es directamente **recurrible**, aunque quepa discutirlo más tarde en las hipótesis que la propia Ley establece.

580. Competencia, representación y defensa. El Juez competente es el de primera instancia del lugar donde el compromiso hubiera de ser contraído, y si este dato no consta, el del domicilio de cualquier de los contratantes que se nieguen/ a cumplir el pacto de comprometer. Es preceptiva la intervención de Abogado y - Procurador.

581. Fase de alegaciones. Para solicitar la formalización judicial es necesario que se haya requerido previamente, por medio de notario, a los que se nieguen a cumplir el contrato preliminar. Esta negativa puede ser abierta y rotunda o disimulada o incluso puede haber una aparente aceptación que encubre, en realidad, una repulsa, como, por ejemplo, cuando se accede a la formalización, pero se fijan para ello condiciones intolerables. Una vez hecho este requerimiento, el procedimiento se inicia con la demanda aunque la Ley hable de escrito. — En la demanda, el solicitante debe indicar el nombre del árbitro o árbitros — que proponga y los demás elementos que, según el art. 19, debe o puede contener la escritura del compromiso.

Presentada la demanda, como ésta no puede ser rechazada AD LIMINE, — tiene que ser admitida por el órgano jurisdiccional sin perjuicio de que en la resolución final la desestime.

El Juez dictará providencia admitiéndola a trámite y ordenará emplazar, en la forma ordinaria, a la persona o personas contra quienes se dirija la reclamación, dándoles un plazo de quince días para que comparezcan y se opongan por escrito, si quieren, a la petición que se deduce, valiéndose igualmente de Procurador y Abogado. Este término es improvable para la comparecencia (art. — 310 LEC), pero, una vez personado, puede pedir y obtener prórroga para la contestación, por lo que el demandado tiene, simultánea o sucesivamente, que personarse y oponerse, si quiere, a la reclamación de su adversario, en el referido plazo de quince días que, como término judicial, se cuenta desde el día siguiente al que se hubiera hecho el emplazamiento y ha de referirse a días hábiles — (arts. 304 y 305 LEC).

Si el sujeto pasivo no se persona en el plazo previsto para ello, no hay declaración de rebeldía, teniendo su ausencia del proceso como efecto el — quedar desatendida la carga de la oposición; pero si se persona puede a la vez/ o sucesivamente si pide prórroga, oponerse a la demanda, oposición que la ley/ no limita, por lo que cabe en ella toda clase de excepciones y de negaciones, — pudiendo invocar todo lo que estime procedente a su derecho respecto a la validez o eficacia del contrato preliminar.

582. Fase de conclusión

Terminada la fase de alegaciones, el proceso se decide por el órga no jurisdiccional resolviendo por medio de auto si accede o no a la formaliza— ción, decisión, que al no señalarse plazo para dictarla, se ha de hacer sin di— lación (párr. 2º. art. 301 LEC).

Este auto puede tener un doble contenido: estimatorio o desestima— torio de la demanda.

583. Estimándose, se accede a la formalización del compromiso y entonces en la parte dispositiva del auto se harán las declaraciones que sean necesarias, en— tre ellas la designación de los árbitros con sus nombres, profesión y domici— lio y la fijación de las cuestiones que se han de resolver por aquellos, la — clase de arbitraje, lugar en que ha de desarrollarse y plazo en que han de — pronunciar el laudo.

584. El Auto estimatorio presenta diversos problemas:

1) Si alguno de los extremos citados está ya pactado en la cláusula compromiso— ria ¿debe hacer la resolución alguna declaración al respecto?

Entiendo que sí, ya que el auto equivale al compromiso y este ha— brá de contener imperativamente todo lo establecido en el art. 17 de la Ley de 22.XII.53 (1).

NOTAS

(1) Art. 27 : La escritura pública de compromiso habrá de contener: 1. los nom— bres, profesión y domicilio de los que otorgan; 2. los nombres, profesión/ y domicilio de los árbitros; 3. La controversia que se somete al fallo ar— bitral con expresión de sus circunstancias; 4. El plazo o término en que — los árbitros hayan de pronunciar su laudo.

585. 2) Si las partes no han pactado nada sobre costas u honorarios en la claú— sula compromisoria ¿tiene el Juez que hacer alguna declaración sobre este ex— tremo?.

Entiendo que no es preciso ya que será el Tribunal Arbitral quin — fijará las costas o los honorarios en el laudo arbitral.

586. 3) Si se pacta en la cláusula compromisoria alguna cláusula inválida ¿pue— de el juez subsanar esta invalidez? En nuestra opinión es perfectamente posi— ble ya que el Juez puede sustituir la voluntad de las partes y además, como he— mos dicho anteriormente, debe favorecer el arbitraje.

587. No es esta la opinión de la Sentencia de 3 de Marzo de 1.954, la cual, con referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil, declara que:

"Esta última y compleja causa ha de ser enjuiciada íntegramente y no disgregando el pacto sobre designación de cuatro amigables componedores, referente a una cláusula compromisoria mediante la cual se produce la sustitución del órgano jurisdiccional ordinario por el de personas de confianza, y en tal sentido, si la fijación del número de estas vulnera el art. 828 LEC en relación con el art. 791 LEC y por ello provoca la nulidad de lo estipulado conforme al art. 4º. Código Civil, la nulidad trasciende a toda la cláusula y forma legalmente imposible el otorgamiento de la escritura de compromiso/ en los términos previsto en el contrato preliminar sin que se vislumbre el medio en que el vicio de nulidad pueda ser subsanado como no sea en virtud de un nuevo convenio en que los interesados se pongan de acuerdo en la subsanación, por ejemplo, renunciando los dos demandados al derecho que se atribuyeron de nombrar dos de los cuatro amigables componedores y aviniéndose a designar solamente uno; pero este medio de subsanación no puede ser impuesto a los compromitentes por la autoridad judicial que carece de facultades coercitivas a tal efecto, fuera de los supuestos previstos en los arts. 215 LEC y 55 "

588. Si el auto es desestimatorio, se deniega la formalización judicial del compromiso.

589. Se plantea el problema de que si el juez accede ¿ Debe formalizar el compromiso en escritura pública como ordena el art. 16, párrafo primero de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953?

Son posibles dos posiciones.

Un sector de la doctrina (1) contesta que sí. En consecuencia el Juez habrá de requerir la presencia de un Notario, para juntamente con el u otros sujetos hacer las correspondientes declaraciones de voluntad o bien por el procedimiento de recoger dicho fedatario el contenido del auto dictado.

NOTA

(1) PRIETO CASTRO, DERECHO PROCESAL CIVIL, II.

590. Otro sector doctrinal está rotundamente en contra de esta posición.

Se ha dicho (1) que el proceso de formalización judicial del compromiso terminado con auto estimatorio es un verdadero proceso constitutivo o/ que (2) debe bastar con el testimonio del auto expedido por el Secretario judicial, sin la intervención posterior del Notario que la Ley, para dicho caso, no prescribe.

NOTAS

(1) MENDOZA, El Contrato preliminar de arbitraje, Temis nº.5, 1.959 pág. 169.

GUASP, El Arbitraje... op. cit. pág. 110.

(2) GOMEZ ORBANETA Y HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Civil, II, Madrid, 1.975, - pág. 222.

Ver tb. URIARTE, Aspectos predominantemente notariales de los Arbitrajes de Derecho Privado, Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre de 1.956 pág. 267 y 268.

591. Incluso la parte interesada puede solicitar del Juzgado que se requiera a los árbitros para su aceptación extendiendo el Secretario la diligencia correspondiente, la que se recogerá en el testimonio del auto dictado por el Juez, ya que el art. 24 de La Ley de Arbitrajes de Derecho privado se refiere/ a la intervención del notario para el caso de que se haya otorgado escritura pública (1).

NOTAS

(1) Art. 24: "Otorgada la escritura, el Notario autorizante, u otro que de fe/ del acto, la presentará a los árbitros para su aceptación.

592. ¿Cual es la posición de la jurisprudencia al respecto?

La Sentencia de 6 de Febrero de 1.962 declaraba que:

"Si bien el requisito formal de otorgamiento de escritura pública/ es exigible de modo imperativo cuando las partes establecen el -- compromiso, sus cláusulas, condiciones y demás requisitos necesarios enumerados por el art. 17 Ley 22.XII.53, de un modo voluntario al margen de toda intervención judicial, sin embargo, si por -- resistencia de alguna de aquellas partes vinculadas previamente -- por un contrato preliminar de sumisión no puede llevarse a cabo la

formalización posterior del compromiso y ha de acudirse al procedimiento judicial que regula el art. 10 de la Ley 22.XII.53, que es lo sucedido en el caso de autos, no existe precepto legal que lo imponga ni del que pueda deducirse dicha exigibilidad formal, que además/ resulta absolutamente innecesaria, pues la razón de la formalización en escritura pública no puede ser otra que la de garantizar fehacientemente la constancia de la voluntad de las partes, tanto en relación con el nombramiento de los árbitros, como de la determinación del plazo para realizar su cometido y de los temas objeto de la controversia sobre los que han de pronunciarse en su decisión a través de dicho proceso extrajudicial, pero cuando es la autoridad judicial la que interviene coactivamente, para la determinación o fijación de todos aquellos extremos necesarios para la formalización del compromiso, la garantía de autenticidad arranca de la propia resolución judicial, que acuerda por sí e integra la formalización del compromiso en su modalidad judicial, sin que la Ley aluda al regular este proceso que haya de tener una fase posterior ejecutiva complementaria con el otorgamiento de la escritura cuyo contenido sería una reproducción de la resolución judicial en su parte dispositiva, lo que resulta absolutamente innecesario y no conduciría más que a dilatar el procedimiento y aumentar los gastos del mismo"

593. Rechazando también el requisito de la escritura pública, la Sentencia del TS, de 11 de Octubre de 1.968 afirmaba que:

"Como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, no es exigible el otorgamiento de escritura pública cuando para la formalización del compromiso se acude al procedimiento judicial que regula el art. 10 de la Ley".

594. La Sentencia de 11 de Febrero de 1.970 sostiene que para la aceptación de los árbitros basta la presentación del auto del Juzgado, ya que sustituye al compromiso.

"Conforme a lo dispuesto en el art. 24 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de Diciembre de 1.953, una vez otorgada la escritura de compromiso se presentará a los árbitros para su aceptación, puesto que no basta que los llamados al arbitraje sepan solo/ su nombramiento y el plazo que se les otorga para emitir su laudo, sino que es preciso tengan pleno conocimiento de los extremos sobre los puntos que deba de versar y de todos aquellos pactos o condiciones que hayan podido establecer las partes en uso de la autonomía de su voluntad; doctrina en todo aplicable al caso de arbitraje im-
puesto por la autoridad judicial en que se sustituye la escritura
de compromiso por el auto del Juzgado; ya que solo después de tal conocimiento pleno y de la aceptación, comenzará a correr el plazo/ concedido para la emisión del laudo".

595. El auto decisorio de la formalización ha de contener también el pronunciamiento sobre costas del proceso de formalización, las que serán a cargo de la parte cuya petición u oposición resulte desestimada. No influye para nada la buena o mala fe o temeridad sino solo el principio objetivo del vencimiento y por ello, si este queda después sin efecto, la Ley de Arbitraje concede el reintegro o recuperación de las cantidades pagadas, en función del mismo, por lo que si el que perdió en la formalización judicial gana el proceso declarativo posterior o el recurso contra el laudo, según sea el arbitraje de equidad o de derecho, puede recuperar las costas que abonó en el proceso de formalización judicial.

596. Recursos . El auto que pone fin al proceso de formalización judicial del compromiso es inmediatamente firme porque contra el no se da, recurso alguno; pero el nº. 5 del art. 10, a renglón seguido de declarar el auto irrecurrible, dice que "su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar" Es decir, es posible discutir la eficacia de la cláusula compromisoria en otro proceso ¿En cual ?. Esto depende de lo que acuerde el auto.

Si este deniega la formalización, la validez de la cláusula compromisoria ha de ser discutida en un proceso declarativo ordinario.

Si por el contrario, el auto accede a la formalización, dice el citado precepto que "solo podrá atacarse la validez del contrato preliminar mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo"

597. Este precepto permite atacar, no el auto acordando la formalización, sino el contrato que diha resolución judicial estima válido y por ello lo formaliza, pero ha de hacerse impugnando el laudo, aunque no por razones que le afecten directamente, sino por no darse en él la existencia de un compromiso válido. Ello en el arbitraje de Derecho puede discutirse en el recurso de casación por in—
fracción de Ley, pero no cabe en el de quebrantamiento de forma, porque la vali—
dez o nulidad del contrato preliminar es cuestión que no puede encuadrarse dentro del art. 1693 LEC.

598. ¿Es aplicable al arbitraje de equidad ? El art. 30 de la Ley de Arbitrajes se remita explícitamente al nº. 3 del art. 1691 LEC, precepto que se refiere al supuesto de que los árbitros de equidad han rebasado los límites de tiempo o —
de materia controvertida fijados en el compromiso o han resuelto cuestiones no/
idóneas, tres únicas hipótesis en que un recurso de ésta naturaleza puede ser —
viable, expresivo de otros tantos vicios in procedendo, ya que lo único a que/
tienden a combatir son excesos de poder, bien por dictar el laudo fuera del pla—
zo fijado en el compromiso (cuestión de puro hecho) o por resolver puntos no/
sometidos a decisión arbitral o porque las cuestiones decididas no son de índole civil o estén comprendidas en las excepciones consignadas en el párrafo 2º.—
del art. 487 LEC, o sea, que solo cabe el recurso de nulidad cuando hay extralim—
itación del laudo. Si se discute la validez del contrato preliminar de arbitraje, como esta cuestión no está incluida en el nº. 3 del art. 1691 LEC, precepto, que comprende un número clausus, forzosamente habrá de discutirse en juicio declarativo mediante acción de nulidad.

599. En relación a este problema, la Sentencia del 27 de Noviembre de 1.963 declara que :

"A pesar de lo dispuesto en el nº. 5 del art. 10 de la Ley de 22.—

XII.53 en el que tras establecer que contra la resolución del juez sobre la formalización del compromiso no se dará recurso alguno, si

bien su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar del compromiso, se añade que esta solo podrá atacarse mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo, pues si este recae en un arbitraje de equidad el texto limitativo del art. 30 impedirá que tal cuestión pueda ser viable, por las causas taxativas expresadas en dicho art. 30 de la Ley de 22.-XII.53"

2. SISTEMA PREVISTO EN EL ART. IV DEL CONVENIO DE GINEBRA.

600. ¿Que sucede (1) cuando en una cláusula convencional, se ha omitido no solo el nombramiento del o de los árbitros, sino la mención de si el arbitraje se encomendará a una institución y a que institución o por el contrario se realizará ad hoc? ¿Como prever el caso de que los modos o fórmulas para la designación de los árbitros no están claros o sean incompletos? ¿Como determinar el lugar de la sede o emplazamiento del Tribunal Arbitral si las partes/no lo han previsto o no existen árbitros o sí, habiendo sido designados por las partes, no logran ponerse de acuerdo ¿Como se solucionaría el problema de que los árbitros no lograsen ponerse de acuerdo en torno a las normas de procedimiento?

Todas estas preguntas, propias en una cláusula compromisoria convencional se solucionan por el sistema previsto en el art. IV de la Convención de Ginebra. De esta manera, se organiza el proceso arbitral.

NOTAS

(1) CREMADES, Panorámica..., op. cit. pág. 58

(2) Las partes tienen una obligación y un derecho recíproco a exigir que tales cuestiones se precisen voluntariamente y sobre todos la designación del Tribunal Arbitral.

601. El sistema del art. IV presenta dos características:

1. Para completar la cláusula compromisoria, interviene una autoridad exterior/ a las partes, que no es una autoridad judicial.
2. Se conciliará esta intervención con el principio de autonomía de voluntad de las partes.

NOTAS

(1) CHILLO-MERINO, op. cit. pág. 400.

REMIRO, op. cit. pág. 124.

602. Para que el sistema sea eficaz, se requiere que la cláusula compromisoria - sea válida, según la legislación que le sea aplicable. El pacto arbitral ha de ser incompleto o insuficiente. Veamos cada una de estas lagunas y su solución -- a el ámbito del Convenio Ginebrino.

603. 1. Sobre el tipo de arbitraje art. 4.6:

"Si el acuerdo o compromiso arbitral no especificare el modo o clase de arbitraje (arbitraje por una institución arbitral permanente o bien arbitraje ad hoc) conforme al cual estuvieren concordes -- las partes en dirimir su controversia y si las partes no llegaran a convenir sobre dicho asunto el demandante tendrá facultad de recurrir a este respecto al procedimiento previsto en el párrafo 3º. (1) El presidente de la Cámara de Comercio competente o el Comité podrán bien sea remitir a las partes a una institución arbitral permanente, o requerir a las partes a que nombren sus árbitros dentro -- de un plazo señalado por el Presidente o por el Comité especial y -- a que convengan dentro de dicho plazo las medidas necesarias para -- el desarrollo del procedimiento arbitral. En este último caso, serán aplicables los párrafos, 2,3,4 del presente artículo"

NOTAS

(1) Ver más adelante.

604. 2. Dentro del arbitraje administrado. Si las partes nada han estipulado sobre cual haya de ser la Institución u organismo de arbitraje al que han encomendado el asunto, o no se ponen de acuerdo sobre el mismo, art. 4.5.

"Si las partes hubieren estipulado someter el arreglo de las posibles controversias o contiendas entre ellas a una institución arbitral permanente sin designar esta institución y no llegaren a un entendimiento sobre dicha designación, el demandante podrá reclamar -- tal designación conforme al procedimiento previsto en el párrafo 3/

(1) "

NOTAS

(1) Ver más adelante.

605. Dentro del arbitraje ad hoc, las insuficiencias de la cláusula compromiso ria pueden referirse a:

1. Nombres de los árbitros, o formas o modos conforme a los cuales se designaran los árbitros, en caso de desacuerdo sobre el nombramiento del árbitro único por las partes o por los árbitros ya nombrados.
2. Lugar de la sede o emplazamiento del Tribunal Arbitral (art. IV.3)
3. Determinación de las normas de procedimiento que deban seguir los árbitros/ (art. IV 3)

"Si las partes han estipulado someter el arreglo de las posibles controversias a un arbitraje ad hoc y si en un plazo de treinta días desde la fecha de notificación de la demanda de arbitraje al demandado, una de las partes omitiere el nombrar su árbitro, éste/ será designado, salvo que las partes hubieren previsto otra cosa en el acuerdo o compromiso arbitral, a petición de las otra parte, por el Presidente de la Cámara de Comercio (1) competente del país en el cual tenga su residencia habitual o su sede social la parte/ omitente en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. El presente párrafo se aplicará igualmente a la sustitución de/ un árbitro o árbitros nombrados por una de las partes o por el Presidente de la Cámara de Comercio a que se alude más arriba" (2) (— art. IV.2)

NOTAS

- (1) ¿Por qué esta elección de las Cámaras de Comercio? Dicen CHILLON-MERINO/ op. cit. pág. 402 que los negociadores del Convenio Europeo tendrían ante sí, al efecto de elegir la autoridad exterior, tres posibilidades: 1. un órgano judicial interno o internacional 2. Un órgano administrativo interno o internacional 3. Un órgano o autoridad corporativa.

La primera posibilidad fue rápidamente deshechada ya que los negociadores quisieron apartar del ámbito del proceso arbitral toda intervención de un Tribunal judicial.

En cuanto a la segunda posibilidad el desacuerdo entre los negociadores fue grande en lo referente a la elección del órgano que debía actuar como autoridad exterior. Solo estuvieron de acuerdo sobre la figura del Secretario General de las Naciones Unidas, pero su candidatura fue rechazada

da por razones funcionales y políticas.

Casi por exclusión dicen Chillón-Merino, la solución recogida no podía ser otra que el recurrir a una autoridad corporativa o profesional de carácter general no exclusivamente sectorial, como los órganos directivos de las Cámaras de Comercio que tienen una estructura y funcionamiento semejante en la mayoría de los países. Lo cual, por otra parte viene siendo práctica común en los acuerdos individuales, sobre todo en las relaciones comerciales Este-Oeste. Su carácter privado, su calificación técnica, su experiencia y organización hacen de estos organismos autoridades exteriores idóneas. Su misión se limita a determinar algún elemento necesario a la constitución del proceso arbitral.

(2) En caso de designación de árbitro único habría que recurrir al art. 4.3.

606. Procedimiento del párrafo 3º. del art. IV.

"Si las partes hubieren acordado someter el arreglo de las posibles controversias o diferencias entre ellas a un arbitraje ad hoc por uno o varios árbitros sin que el acuerdo o compromiso arbitral contenga los datos indispensables para la realización del procedimiento arbitral, tales como los indicados en el párrafo 1 del presente artículo se adoptarán las medidas necesarias por el árbitro o árbitros ya nombrados, salvo que las partes puedan llegar a un acuerdo al respecto y sin perjuicio del caso previsto en el precedente párrafo 2. Si no mediare acuerdo entre las partes en lo concerniente a la designación del árbitro único, o en caso de que no se llegare a un acuerdo entre los árbitros nombrados sobre las medidas que se deben adoptar, el demandante podrá, a su elección, dirigirse, solicitando se tomen dichas medidas, si las partes hubieren convenido el lugar del arbitraje, al Presidente de la cámara/ de Comercio competente del lugar de arbitraje convenido por las partes, o bien al Presidente de la Cámara de Comercio competente del lugar de residencia habitual o sede social del demandado, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. Si las partes no hubieren convenido el lugar de arbitraje, el demandante/ podrá a su elección dirigirse solicitando la acción necesaria, — bien sea al Presidente de la Cámara de Comercio competente del país don

de tenga el demandado su habitual residencia o sede social en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje o al comité Especial cuya composición y modo de funcionamiento se especifican en el anexo al presente convenio".

607. Legitimación en el procedimiento del párrafo 3. Están legitimados, tanto/ el demandante, como el demandado o los árbitros:

"Si el demandante dejare de ejercitar los derechos, a él conferidos por el presente párrafo, tales derechos podrán ser ejercitados por el demandado o por el árbitro o árbitros. "

La legitimación del demandado o de los árbitros se explica en razón de que aquel podría alegar una demanda reconvenzional y por tanto no puede estar legitimado únicamente el demandante ya que le podría interesar la obstrucción del proceso arbitral.

608. Funciones del Presidente de la Cámara de Comercio y del Comité Especial, - art. IV. 4. :

"El Presidente o el Comité Especial a quien se hubiere dirigido la petición podrá proceder, según el caso.

- a) a nombrar el árbitro único, el árbitro presidente, el superárbitro o el tercer árbitro (1)
- b) a sustituir uno o varios árbitros designados conforme a un procedimiento distinto del previsto en el párrafo 2 del presente artículo
- c) a determinar el lugar de arbitraje, quedando entendido que el árbitro o árbitros podrán elegir otro lugar de arbitraje.
- d) a fijar, bien sea de manera directa o remitiéndose al reglamento de una institución arbitral permanente, las normas procesales que deberán observarse por el árbitro o árbitros, si éste o éstos no hubiesen establecido sus reglas de procedimiento en caso de que no existiera acuerdo mutuo entre las partes a este respecto.

NOTAS

(1) a). Arbitro Único: Lo conveniente es que el Tribunal Arbitral esté compues-

to por varios árbitros y normalmente en un número de tres. Sin embargo, existe hoy una tendencia en la práctica internacional a la constitución de un Tribunal Arbitral formado por un solo árbitro.

- b) Arbitro-Presidente: Es el caso más frecuente en la práctica de las Instituciones Permanentes de arbitraje de carácter internacional y su misión no es otra que la de presidir un Tribunal Arbitral y por consiguiente dirimir la contienda mediante el voto.
- c) Superárbitro: Es el caso del umpire inglés, que ejerce una prórroga de jurisdicción arbitral, si resultan divididos los otros dos, actuando entonces con plena autonomía e independencia.
- d) Tercer árbitro: Era el supuesto del Derecho francés. Ejerce su función jurisdiccional cuando sobreviene discordia entre los dos árbitros, adscribiéndose obligatoriamente en el fallo de uno de ellos.

609. Misión subsidiaria del Comité Especial, art. 4.7.

"si dentro de un plazo de sesenta días desde el momento en que hubiere sido por él (Presidente de la Cámara de Comercio) recibida la petición de desempeñar alguna de las funciones enumeradas en los párrafos 2,3,4,5, y 6 de este artículo, el Presidente de la Cámara de Comercio a la cual se hubiere dirigido la petición, conforme a lo previsto en alguno de los mencionados párrafos, no hubiere dado curso a dicha petición, la parte solicitante podrá dirigirse al Comité Especial (1) a fin de que asuma las funciones o cometidos que no hayan sido llevados a efecto".

NOTAS

- (1) El Comité Especial es un organismo mixto que intente representar a los dos grupos de países europeos, del Este o del Oeste, parte en el Convenio de 1961, aunque no en forma igualitaria, sino alternando las mayorías respectivas de cada uno de los grupos cada dos años, merced a un sistema de rotación de miembros. El Comité estará formado por dos miembros titulares y un Presidente. Uno de los miembros será elegido por la Cámara de Comercio u otras Instituciones que hayan sido designadas con arreglo al art. 10 párr. 6. del Convenio —es decir, aquellos de su país que cada una de las Altas partes contratantes remitirán en lista al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas y cuyos presidentes habrá de desempeñar las funciones confiadas por el art. IV del Convenio a los Presidentes de las Cámaras de Comercio competentes por aquellos Estados en los que, en el momento de la apertura del Convenio para su firma, existan Comités Nacionales de la Cámara de Comercio/ Internacional, y que, en el momento de la elección, sean partes en el Convenio y otras instituciones que hayan sido designadas por aquellos Estados que en los momentos de la apertura del Convenio para su firma no existe ningún Comi.

té de la Cámara de Comercio Internacional, y que en el momento de la elección, sean partes en el Convenio (párrafo primero, del anexo al Convenio)

La creación del Comité Especial como organismo partidario entre los países del Este y del Oeste ha sido en realidad el fruto de la iniciativa de algunas Delegaciones occidentales que no querían aceptar el riesgo de que las partes originarias de los países socialistas adoptasen casi siempre la posición de demandados, en cuyo caso se forzaba al demandante a dirigirse siempre a la Cámara de Comercio competente del país de este último, actuando subsidiariamente con respecto de los Presidentes de la Cámara de Comercio. Se pretendía asimismo evitar que uno de estos órganos demorase o llegase a denegar por silencio la adopción de las medidas solicitadas por la parte requirente. En ese caso, se precisaba la creación de un órgano que agrupase los intereses en pugna, de una manera equitativa. A este motivo obedece la creación del Comité Especial, cuya composición, funcionamiento y atribuciones son en realidad el fruto de un compromiso entre los distintos puntos de vista presentes en las negociaciones del Convenio. Por parte occidental era posible aceptar una representación sobre la base de los Comités Nacionales de la Cámara de Comercio Internacional. Y esta fue la solución que se retuvo para la elección de los miembros representantes de estos países, a los que se ha añadido Yugoslavia por existir en este país un Comité Nacional de la CCI.

"El Presidente del Comité Especial será elegido de idéntica forma por las Cámaras de Comercio y otras Instituciones que se alude en el párrafo primero del anexo (paragrafo 2) " los miembros del Comité Especial serán elegidos para una período de cuatro años. Las personas elegidas en calidad de Presidentes desempeñarán sus funciones según turno de rotación, cada una de ellas durante un período de dos años (paragrafo 7).

Como quiera que la Presidencia será después asignada cada vez para un nuevo período de dos años a la persona elegida por un grupo de países distintos de aquel por el cual hubiere sido elegido el Presidente que haya ejercido sus funciones durante el período de dos años inmediatamente anterior (paragrafo 7) se asegura, mediante este sistema, una composición tripartita del Comité Especial, siendo por consiguiente posible la formación de una mayoría, que corresponderá, alternativamente, por períodos de dos años, a cada uno de los grupos de países presentes. La solución parece equilibrada y tiende a repartir por períodos de tiempo, las mayorías respectivas. Evitando por otra parte, la parálisis del organismo en cuanto a su funcionamiento y las objeciones que pudieren plantearse en cuanto a su organización.

El funcionamiento del Comité Especial está también influido por el juego de las mayorías alternativas y representativas de cada uno de los dos grupos de países. Previene el paragrafo 2 del Convenio que las peticiones del Comité Especial, previstas en los párrafos 3 a 7 del artículo IV, serán dirigidas al Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica Europea. El secretario Ejecutivo enviará primeramente estas peticiones al miembro del Comité Especial elegido por un grupo de países distinto de aquel por el cual hubiera sido Presidente en funciones en el momento de presentar la petición.

La justificación de esta fórmula no es otra que la de favorecer una decisión unánime del Comité sobre la base de una conciliación entre los dos grupos de países, acudiendo, en primera lugar, al miembro minoritario que elaborará una propuesta razonada y que someterá a su vez a la consideración del otro miembro del Comité.

"Si los dos miembros del Comité Especial a los que se dirigió el Secretario Ejecutivo no pudieran ponerse de acuerdo sobre una solución por/vía de correspondencia, el Secretario Ejecutivo de la Comisión Económica Europea convocará una reunión del mencionado Comité Ejecutivo Especial en Ginebra con el fin de intentar conseguir una decisión unánime sobre la petición presentada. Si no hubiera unanimidad, la resolución del Comité será adoptado por mayoría de votos y comunicada por el Secretario Ejecutivo a la persona que cursó la petición" (parágrafo 9)

En cuanto a los gastos, dice el parágrafo 10 que "los gastos que estubiesen ligados a la intervención del Comité Especial, a los fines de solventar una controversia incluida dentro del campo de aplicación del presente Convenio serán anticipados por la persona que haya hecho la petición, pero serán llevados por ella a la cuenta de gastos del procedimiento".

610. Como se puede apreciar, la intervención de la autoridad exterior presupone el desacuerdo de las partes sobre cada uno de los elementos que faltan y eventualmente de los árbitros nombrados sobre las medidas por adoptar conforme al parágrafo 3 del art. IV.

611. Efectos. La consecuencia principal de la actuación de la autoridad exterior a las partes es la integración de la cláusula compromisoria insuficiente y por consiguiente, la constitución del proceso arbitral. Especialmente un arbitraje/ad hoc ya no quedará sin efecto como consecuencia de la actitud de mala fé de una de las partes contratantes.

NOTAS

(1) CREMADES, Panorámica, op. cit. pág. 58 declara que el Convenio de 1.961 — institucionaliza en cierta manera el arbitraje ad hoc.

612. La integración de la cláusula compromisoria insuficiente en el Convenio Europeo de Ginebra plantea el siguiente problema: ¿Es causa de denegación del laudo en lo referente a su reconocimiento o ejecución en España su eventual anulación en país distinto del que dictó el laudo?

Si se ha anulado en el país en que se dictó, la cuestión no presenta interés, ya que a tenor del art. IX .1 d) de la Convención:

"La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente a reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, solo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado o conforme a cuya Ley fue pronunciado el fallo arbitral y ello por la siguiente razón:

- d) La constitución o composición del Tribunal de árbitros o el procedimiento de árbitros no se ha ajustado al acuerdo o compromiso entre las partes o no habiendo existido tal acuerdo o compromiso, a lo establecido en el art. IV del presente Convenio".

Según el tenor literal del artículo IX la respuesta a nuestra cuestión sería negativa ya que la anulación en país distinto de aquel en que se dictó el laudo no es causa de denegación en España. En nuestra opinión, sin embargo, la respuesta sería afirmativa: la anulación del laudo por violación del art. IV de la Convención de Ginebra es causa de denegación en España, independientemente del país en donde se ha dictado.

613. La razón es simple: La Convención de Ginebra es Ley española y sus normas son imperativas. Por tanto, a tenor de lo preceptuado en el art. 6.3. del Código Civil:

"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

El laudo arbitral es nulo, ya que lo es la cláusula compromisoria/ que ha violado el art IV del Convenio de Ginebra y por consiguiente habría que denegar su reconocimiento o ejecución en España.

614. A pesar del intento de la Convención de Ginebra de impedir la intervención judicial, un grupo de países, partes en el Convenio, en base a la facultad contenida en el párrafo 6 del art. IX del Convenio a tenor del cual:

"lo estipulado en el presente convenio no impedirá la vigencia de los acuerdos multilaterales o bilaterales concertados por los Estados contratantes en lo tocante a arbitraje".

Han firmado, por separado, el ACUERDO, de París de 17 de Noviembre de 1.962, con el objeto de derogar en sus relaciones recíprocas, las disposiciones contenidas en el art. IV del Convenio.

Este Acuerdo, llamado "Acuerdo relativo a la aplicación de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional " ha sido suscrito bajo los auspicios del Consejo de Europa por los Gobiernos de la República Federal Alemana, Francia, Italia y Austria.

Mediante el mismo, se derogan los párrafos 2 a 7 del art. IV de la Convención Europea en las relaciones entre las personas físicas o morales — que tengan su sede habitual en los Estado contratantes, y cuyas disposiciones han sido reemplazadas por la regla de que en defecto de acuerdo entre las partes sobre las medidas previstas en el art IV.1 de la Convención, todas las dificultades que sobrevengan en relación a la Constitución o al funcionamiento/ del Tribunal Arbitral serán sometidas a la decisión de la autoridad judicial — competente, a solicitud de la parte más diligente(1).

NOTAS

(1) España no ha ratificado todavía el Acuerdo de París, de 1.962.

615. El Acuerdo de París de 1.962 significa la derogación pura y simple del — Convenio Europeo y el restablecimiento de las competencias normales de los Tribunales de cada uno de los Estados parte, con los límites y extensión que les — confiere su Derecho Interno (1).

NOTAS

(1) CHILLON-MERINO, op. cit. pág. 409.

CAPITULO NOVENO : EFECTOS

1. EFECTOS POSITIVOS

616. A tenor del art. II.1. de la Convención de Nueva York por la cláusula compromisoria las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias/ o ciertas diferencias que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada/ relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que - pueda ser resuelto por arbitraje.

617. Para que las partes puedan someter sus controversias al arbitraje, necesitan crear el proceso arbitral. El art. IV del Convenio de Ginebra afirma que :

"1. Las partes en un acuerdo o compromiso arbitral podrán, según - su libre criterio prever:

- a) Que sus controversias o diferencias sean sometidas para su/ resolución a una institución arbitral permante; en este caso, el procedimiento arbitral se desarrollará conforme al - Reglamentode la institución designada o
- b) que sus diferencias o contiendas sean sometidas para su/ resolución a un procedimiento arbitral ad hoc; en este caso, las partes tendrán, entre otras, las siguientes facultades:
 - i) nombrar ~~los~~ árbitros o establecer los modos o fórmulas - conforme a los cuales se designarán los árbitros en el - caso de una controversia
 - ii) determinar el lugar de la sede o emplazamiento del tribunal arbitral
 - iii) fijar las normas de procedimiento que deben seguir los/ árbitros.

618. Del art. IV extraemos las siguientes conclusiones:

- 1. Tanto en el caso de un arbitraje administrado como en el caso de un arbitraje ad hoc las partes pueden prever el proceso arbitral (con la peculiaridad en el arbitraje administrado de que es-

te proceso arbitral viene ya regulado en el Reglamento de la Institución, por si las partes no hacen nada)

2. En el proceso arbitral existen tres elementos fundamentales:

1. El Tribunal Arbitral.

2. El lugar de la sede del Tribunal Arbitral.

3. Las normas de procedimiento que van a regir el proceso Arbitral.

3. Ahora bien, tanto la sede como las normas de procedimiento pueden ser objeto de la atención de los árbitros, si las partes no han fijado nada en la cláusula compromisoria.

4. En consecuencia la obligación primaria que nace de la cláusula - compromisoria es la designación del Tribunal Arbitral,

realizando las partes todos los actos que sean necesarios para la - válida constitución del Tribunal Arbitral con el fin de poderle someter sus controversias.

5. Esta obligación surge exclusivamente con el otorgamiento de la - cláusula compromisoria, sin necesidad de realizar otros actos posteriores.

619. 6. Si las partes no cooperan voluntariamente para designar el Tribunal Arbitral el art. IV 2,3,4,5,6,7 establece un procedimiento mediante el cual se - llegará a la designación del Tribunal Arbitral, aún contra la voluntad de una - de las partes.

620. En el Derecho interno, el contrato preliminar de arbitraje produce la eficacia positiva de vincular a las partes para que en su día otorguen el compromiso, ya sea voluntariamente o por decisión judicial debidamente solicitada.

621. El hecho de que tanto en uno como en otro caso, se requiera la cooperación de las partes para un fin común, la constitución válida del Tribunal arbitral o la conclusión del compromiso, ha llevado a un sector doctrinal (1) a incluir el/ contrato compromisorio en el grupo de los ACUERDOS (2) .

Sin embargo, si bien cabe teóricamente distinguir entre un contrato o un acuerdo, carecen, sin embargo de, los necesarios perfiles para permitir/ su aplicación práctica.

NOTAS

(1) DIEZ PICAZO, Fundamentos, op. cit., pág. 68

(2) En un Acuerdo los declarantes emiten declaraciones de voluntad de idéntica dirección, que desembocan en la creación de un contenido contrario de voluntad decisivo para la comunidad o para el conjunto.

2. EFFECTOS NEGATIVOS

622. La cláusula compromisoria constituye el fundamento de una excepción de arbitraje.

623. La excepción de arbitraje en el Derecho Convencional

La excepción de arbitraje impide el conocimiento y solución jurisdiccional de los conflictos jurídicos y da lugar en caso de que sea admitida a una resolución en instancia en donde el juez se declarará jurisdiccionalmente/ incompetente.

624. Hay que tener en cuenta lo siguiente.

1. No hay excepción de arbitraje, por tanto, incompetencia de los jueces españoles, hasta tanto no exista un verdadero convenio arbitral. Ahora bien, hay que saber en que supuestos podrá alegarse ante la jurisdicción la excepción de arbitraje y cuando podrá fundamentarse dicha excepción en base al contrato arbitral tal como se regula en el Derecho Convencional. La toma de postura en este caso depende de la concurrencia o no de ciertos elementos de orden internacional, que ya hemos visto, pero que conviene repetir para hacer un estudio sistemático de esta figura.

Desde luego es indiferente para que los tribunales españoles acojan esa excepción de arbitraje que el proceso arbitral se deba seguir en España o en el extranjero, pues en cualquier de dos casos lo que las partes hacen es renunciar a la jurisdicción estatal, como vía de solución de sus problemas/ jurídicos.

2. Cuando la cláusula compromisoria vaya a dar o esté dando lugar a un proceso arbitral comprendido en el ámbito del Derecho Convencional, habrá que estar a lo dispuesto en esos Convenios para saber si la cláusula compromisoria que se alega puede dar lugar a la excepción de arbitraje.

625. Convenio de Nueva York. Ya sabemos que este Convenio tiene un concepto - amplio de acuerdo arbitral en su art. II. Por el, las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido/ (compromiso) o puedan surgir entre ellos (cláusula compromisoria) respecto de/ una determinada relación jurídica, contractual o no, concerniente a un asunto/ que pueda ser resuelto por arbitraje.

Se reconoce la eficacia de la cláusula compromisoria para dos cuestiones básicas: Una para la eficacia posterior del laudo que se dicte en base/ al pacto compromisorio; otra, para fundar en la cláusula compromisoria la excepción de arbitraje remitiendo a las partes al proceso arbitral. Ahora bien, - añade el Convenio una coletilla por la cual la cláusula compromisoria no fundará la excepción arbitral cuando el juez español declare su nulidad, ineficacia o inaplicabilidad.

Esta coletilla encierra graves problemas que prácticamente se encierran en uno: hay que estudiar en base a qué Ley se va a determinar cuando/ la cláusula compromisoria es nula, cuando ineficaz, cuando inaplicable (1)

NOTAS

(1) El Convenio de Nueva York, de manera directa, no dice nada sobre estos extremos.

626. 1) Inaplicabilidad . hace referencia a la necesaria interrelación que tiene que existir entre la materia de la cláusula compromisoria y la materia del/ proceso, en donde se alega la excepción. Si no existe esa relación, en concreto, si la materia del proceso no está contenida en la materia del contrato arbitral, éste es inaplicable.

627. 2) ¿Cuando se puede decir que un acuerdo compromisorio es nulo o ineficaz a los efectos de negar la excepción de arbitraje?. La respuesta requiere que - previamente se determine que Ley será la aplicable para hacer tal calificación. En este punto hay que señalar:

628. Primero. Que el propio Convenio nos da unos presupuesto, requisitos y --- condiciona mínimos que debe revestir la cláusula compromisoria; de tal manera/ deberá considerarse como inexistente (es decir nulo) el pacto compromisorio:

- Cuando no tenga forma escrita (art. II.1)
- Cuando no determine la relación jurídica, cuyos posibles conflictos se someterán a arbitraje (art. II.2)
- Cuando no esté firmado por las partes (art. II. 2)
- Algún autor (1) afirma por último cuando se refiera a relaciones no comerciales, según el derecho interno del Juez que califica - (en este caso juez español) (art. I. 3) o se refiera a relaciones comerciales que en la Ley del Foro no se pueden someter a arbitraje (art. I.3 en relación con el V.2, a).

A esto hay que decir que efectivamente el Convenio de Nueva York ha mantenido la facultad de los Estados de reservar su aplicación a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Sin embargo, en el momento de escribirse estas líneas, España no ha hecho uso de este derecho, y por tanto la cláusula compromisoria se puede referir/ a todo tipo de relaciones jurídicas comerciales o no

Cualquier cláusula compromisoria que se adapte a estas características será evidentemente un contrato válido.

NOTAS

(1) CORTES, Derecho..., op. cit. pág. 267.

629. Segundo. La aplicación de los anteriores criterios que surgen del propio Convenio, no impide que se apliquen otros también admitidos por el/ Convenio. En concreto, sabemos que, conforme al art. V.1.a) se establece que no se reconocerán los laudos arbitrales que surjan de cláusulas compromisorias "no válidas" en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud del país en que se haya dictado la sentencia. Se puede deducir lo siguiente:

1. Si las partes han sometido la cláusula compromisoria a una determinada Ley, esa Ley especificará las causas de nulidad del acuerdo compromisorio a efectos de su calificación para fundar la ex-

cepción de arbitraje.

2. Si no hay sometimiento a una Ley determinada y puesto que, la remisión que hace la citada norma no es válida, o puede no serlo en cuanto que bien puede suceder que las partes no hayan previsto en que país se dictará el laudo, tras el correspondiente proceso arbitral, estimo que habrá que estar a la Ley que surja de la aplicación del art. 10. regla 5ª. de nuestro Código Civil, ya que es la regla de conflicto interna del juez que conocerá del asunto. La interpretación correcta desde el punto de vista ^{1º} teológico, evidentemente internacionalista, que ha tenido que animar a los redactores del Convenio/ y a sus firmantes, nos induce a mantener que el Juez español podrá/ declarar nulo el acuerdo compromisorio, según la Ley aplicable en su caso, no en los supuestos en que haya contradicción de la Ley — aplicable con lo admitido por el Convenio, sino cuando fuera de estos extremos la Ley aplicable determine la nulidad del pacto compromisorio.

En otras palabras, la cláusula compromisoria será nula cuando conforme a la Ley aplicable incurra en alguna de las nulidades genéricas de los contratos o específicas de las cláusulas compromisorias, siempre que estas no estén en desacuerdo con lo permitido por el propio Convenio.

630. El pacto compromisorio será ineficaz cuando las partes o alguna de ellas — estén incursas en causa de incapacidad conforme a lo que se establece en el art. V.1, a), la Ley que determinará la incapacidad será la Ley personal de cada una de ellas, lo que también es concorde con lo que se establece en el art. 9. nº. — 1, 10 y 11 del Código Civil español.

631. Con esta interpretación se pretende sacar al Convenio el máximo de partido. Es decir se pretende potenciar la clara intencionalidad internacionalista superadora de los particularismos, que podrán ser animados si consideramos la nulidad/ ineficacia e inaplicabilidad desde el punto de vista de nuestra Ley de 22. Diciembre de 1.958. Empezando, porque de acuerdo con nuestra Ley, la cláusula compromi

soria no funda siquiera la excepción de arbitraje (1).

NOTAS

- (1) Ver HEBRAUD, *Revue Trimestrielle de droit civile*, 1.958, pág. 671.
 BATIFFOL, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado*, 3ª. Ed., París 1.979, nros 682 y ss.
 KOPELMANAS, "El lugar de la Convención europea sobre el arbitraje comercial/internacional de 21 de Abril de 1.961 en la evolución del derecho internacional del arbitraje"
Anuario francés de Derecho internacional, 1.961 pág. 331 y ss.

632. Convenio de Ginebra. El Convenio de Ginebra tiene una regulación mucho más completa que el Convenio de Nueva York acerca del tema de la excepción de arbitraje.

En el art. VI del mismo se regulan básicamente dos cuestiones: de una parte, la excepción de arbitraje como determinante de la incompetencia jurisdiccional. De otra, se regula la eficacia que tiene el proceso arbitral ya en marcha en el proceso judicial sobre el control de la validez o eficacia. Veamos estos problemas por separado.

633. 1) La excepción de arbitraje. El art. VI.I de la Convención de Ginebra establece que:

"Toda excepción o declinatoria por incompetencia de Tribunal estatal basada en la existencia de un acuerdo o compromiso arbitral e intentada ante, el Tribunal estatal ante el cual se promovió el asunto por una de las partes del acuerdo o compromiso arbitral deberá ser propuesta por el demandado, so pena de pérdida de derechos por vencimiento del plazo, antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo".

Por consiguiente, el convenio admite en toda su extensión la excepción de arbitrajes; establece, además, que dicha excepción deberá proponerse, de manera previa o como cuestión de fondo, según la regulación específica que del tema la Ley procesal del Foro.

Por tanto, a mi entender, la excepción de arbitraje basada en la cláusula compromisoria, a falta de regulación específica, deberá plantearse como — cuestión previa.

La admisión o no de la excepción que conlleva la declaración de in— competencia jurisdiccional de los jueces españoles está condicionada en el Conve nio a la calificación de la cláusula compromisoria en lo referente a su nulidad/ o eficacia.

En esta calificación, hay que partir de y tener en cuenta las siguien tes premisas.

634. 1) El Convenio de Ginebra es aplicable cuando el acuerdo o compromiso de ar bitraje se ha concertado entre personas físicas o jurídicas que en el momento de la celebración de dicho contrato tienen su residencia habitual o domicilio en di ferentes Estados contratantes. (art. I.1.a.)

635. El Convenio parte de un concepto amplio de cláusula compromisoria. Así el — art. 1.2.a) dice:

"acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria/ incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenido en un intercambio de car tas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relacio— nes entre Estados cuyas Leyes no exijan la forma escrita para el — acuerdo o compromiso arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado/ en la forma permitida por dichas leyes" .

Junto a esa amplitud de forma, ya estudiada, cabe añadir la amplitud de objeto que es permitido por el propio art. I,1,a) que expone lo siguiente:

"el acuerdo o compromiso arbitral que, para solventar controversias/ o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio inter nacional, hubiese sido concertado entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de es te tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Esta— dos contratantes diferentes."

Tal como hemos dicho anteriormente, la calificación de la cláusula compromisoria como nulo o inválido no puede pasar por la aplicación de leyes - internas que contradigan los términos amplios permitidos por el propio Convenio; de modo tal, que la referencia posible que se debe hacer a esas Leyes debe dejar fuera de toda discusión la validez y eficacia de estos acuerdos compromisorios por muy contrarios que sean al sistema del foro.

636. Junto a ello, el Convenio en el art. VI.2 establece los presupuestos, requisitos y condiciones que la cláusula compromisoria debe reunir para ser considerada válida y eficaz en cuanto fundamento de la excepción de arbitraje y - más que establecerlos por sí mismo, se refiere a las Leyes aplicables al caso/ que son las siguientes:

1. En cuanto a la capacidad de las partes en el pacto compromisorio habrá que estar siempre a la Ley personal de cada una de ellas, tal como se desprende del propio Convenio y de la aplicación de nuestras propias normas de conflicto, (art. 900)
2. En lo que se refiere a lo demás, habrá que estar a la Ley a la/ que las partes hayan sometido la cláusula compromisoria.
3. No existiendo sometimiento expreso, los presupuestos, requisitos y condiciones del contrato compromisorio habrán de establecerse según la Ley del país donde deba dictarse el laudo.
4. Y no existiendo ninguna otra indicación, se regulará por la Ley resultante de la aplicación de las reglas de conflicto del Juez/ Tribunal conocedor de la excepción de arbitraje.

Es decir, que habrá que estar a la Ley resultante de la aplicación de la regla de conflicto de nuestro artículo 10.5 del Código Civil.

637. Por último, el Convenio recoge como causa de nulidad del pacto compromisorio (por tanto, causa de rechazo de la excepción de arbitraje) que ésta se refiera a materias que conforme a la Ley del Foro (es decir, la Ley española)- no pueden ser objeto de arbitraje (art. VI, 2.º C. párr. 2º.)

638. 2) La suspensión del proceso interno

El Convenio de Ginebra establece en el nº. 3 del art. VI lo que sigue:

"Si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiera/ ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un — Tribunal judicial, en tal caso el Tribunal judicial de uno de los/ Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del Tribunal arbitral hasta el momento en que este dicte su laudo sobre el fondo/ del asunto, siempre que el Tribunal estatal no tenga motivos, graves para desviarse de esta norma".

Como se podrá apreciar, se trata de una norma confusa que, en definitiva, regula un efecto procesal que podríamos conceptuar como suspensión del proceso .

Esta suspensión está condicionada a la no concurrencia de motivos/ suficientemente graves a juicio del juez español, como para no decretar la suspensión.

La suspensión del proceso, y por tanto de la decisión que en él se pide dura, según la letra del Convenio, hasta que los árbitros que están conociendo del arbitraje dicten laudo.

Por tanto, como primera aproximación a la norma, se puede decir — que un proceso arbitral en marcha puede en determinadas circunstancias suspender el proceso judicial español hasta tanto no se concluya el proceso arbitral convencional, todo ello salvo que concurren circunstancias graves que aconsejen la no suspensión.

640. Entonces ¿que relación tiene que haber entre el proceso arbitral y el proceso judicial para que se produzca ese efecto?

1. El proceso arbitral debe ser anterior al proceso judicial.
2. Ambos procesos deben tener como parte a los mismos sujetos, o, — dicho en otras palabras, a los sujetos que han firmado la cláusula compromisoria (o ha habido una aceptación tácita).
3. Ambos procesos deben tratar sobre la misma materia; es decir, — la pretensión ejercitada en el proceso arbitral debe ser idéntica a la tratada en el proceso judicial, con independencia de cual sea la posición de las partes en los respectivos procesos.
4. Se produce esa suspensión no solo cuando concurre la identidad material anteriormente señalada, sino también cuando en el proceso judicial se pretende la declaración de la nulidad, inexistencia o caducidad de la cláusula compromisoria que ha dado — lugar al arbitraje que está en marcha.

641. Como vemos, la tercera y cuarta circunstancia enumeradas plantean algunos problemas que son importantes, así,

1) Si en el proceso arbitral y en el proceso judicial se trata de la misma — cuestión entre las mismas partes, lo lógico es que el juez declarase su incompetencia jurisdiccional, porque con independencia de que el proceso arbitral — esté en marcha, le afecta en igual medida la excepción de arbitraje. Es decir, se podría deducir que el Convenio es contradictorio consigo mismo en cuanto de/ una parte establece que la cláusula compromisoria evita el proceso judicial y/ que de otra establece que el proceso arbitral en marcha suspende simplemente el/ proceso judicial. Declaración de incompetencia jurisdiccional y suspensión procesal son dos efectos distintos y de alcance distinto.

642. Desde el punto de vista de algún sector doctrinal (1) la solución hay que buscarla en el n.º. 1 del propio art. VI; en el concepto de esta doctrina, el — n.º. 3 de este artículo está pensado en función de que coexistan el arbitraje — y el proceso judicial por no haberse propuesto la excepción de arbitraje en este último o haberse propuesto en momento procesal no oportuno. La coexistencia/ de ambos procesos se resuelve por el convenio, suspendiendo el proceso judicial

hasta tanto no se dicte laudo.

Lo que sucede es que la suspensión hasta la terminación del proceso no es en absoluto operativa, pues, en el régimen del Convenio, el laudo es solo eficaz cuando no se ha procedido a su anulación; de esa manera, lógicamente la suspensión del proceso no se podrá levantar hasta tanto no haya perecido la posibilidad de pedir la anulación del laudo arbitral ante los órganos competentes (los órganos jurisdiccionales del país en donde se ha dictado el laudo)

Solo cuando el laudo en el proceso correspondiente sea declarado nulo, será factible levantar la suspensión del proceso español. En el caso, por el contrario, de que el laudo sea eficaz, bien porque no se ha procedido a su anulación o porque intentada no se ha conseguido, el levantamiento de la suspensión no tiene sentido, siendo lo aconsejable el archivamiento de los autos.

NOTAS

(1) CORTE S, op. cit. pág. 273.

643. En cuanto a los motivos graves si son ampliamente entendidos pueden ser aprovechados en multitud de ocasiones para evitar, por el juez español, la preponderancia del proceso arbitral convencional sobre el proceso judicial interno.

Se ha dicho (1) que los motivos graves solo podrán jugar en circunstancias muy excepcionales. Se trata, en suma, de una regla que corresponde a la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo alcance deberá ser precisado por el Juez, partiendo de una interpretación restrictiva y conforme a su naturaleza específica de regla válvula de seguridad .

NOTAS

(1) KOPELMANAS, op. cit. pág. 331. y ss.

644. 2) La suspensión también se produce cuando en el proceso judicial interno/ lo que se discute es la inexistencia, nulidad o caducidad del pacto compromisorio convencional que está dando lugar a un proceso arbitral en marcha.

Por supuesto, lo que se plantea aquí es una nulidad anticipada de laudo que se trata de conseguir si se llega a la conclusión de que el pacto compromisorio es nulo, inexistente o caduco; no cabe duda que el proceso posterior sobre la nulidad del laudo queda prejuzgado de alguna manera.

En este sentido, el Convenio también es coherente, porque partiendo como parte de que el laudo es eficaz en todos los Estados contratantes hasta tanto no se haya declarado la nulidad del mismo por los jueces del Estado — en el que se ha dictado o del Estado bajo cuya ley se ha dictado, permitir una decisión anticipada sobre la nulidad del laudo, admitiendo una acción autónoma sobre la nulidad de la cláusula compromisoria, chocaría frontalmente con el es píritu convencional. En tal sentido, es oportuna la suspensión en los términos que anteriormente hemos examinado.

645. La excepción de arbitraje en el Derecho interno.

A semejanza del Derecho Convencional, la cláusula compromisoria — debe fundar la excepción de incompetencia.

Así lo reconocía la mayoría de los autores y la jurisprudencia anteriores a la Ley de 22 de Diciembre de 1.953.

Se dijo (1) que efecto general del Convenio compromisoria es impedir que los Tribunales decidan sobre el fondo de las cuestiones que recae, si/ una de las partes incumple el Convenio y somete a aquellos el conocimiento de/ aquellas. O sea, que el demandado en un proceso puede oponer con éxito la excepción de incompetencia de jurisdicción o excepción de arbitraje. En el mismo/ sentido otros autores (2) .

NOTAS

(1) CARRERAS, Contribución ... op. cit. pág. 44

(2) PRIETO-CASTRO, El Arbitraje según ... op. cit. pág. 43.

646. La jurisprudencia se pronunciaba en el sentido de que la cláusula compromi soria es suficiente para fundar dicha excepción y que si las partes no renun— cian o se apartan de la cláusula y cualquiera de los litigantes formulen la ex cepción los Tribunales deben abstenerse de entrear en el fondo.

Si los Tribunales de instancia, a pesar de existir una cláusula com promisoria fallasen sobre el fondo, podrá recurrirse en casación contra la sen— tencia, por infracción de Ley, alegando el desconocimiento por el Tribunal de/ la Ley del contrato y la inaplicación consiguiente del Código Civil, al amparo/ del número primero del art. 1692 LEC; si no existiendo convenio, o siendo radi—

calmente nulo, se diere lugar a la excepción, cabría recurrir en casación al — amparo del número sexto de dicho artículo. No es posible, en cambio, en ningún caso, utilizar el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

647. La Sentencia de 31 de Mayo de 1.927, recogiendo una jurisprudencia anterior afirmaba la doctrina que acabamos de exponer.

" Si bien la Ley de Enjuiciamiento civil señala reglas claras y precisas en las secciones primera y segunda del título V del libro — 2º. de obligatorio cumplimiento en los casos en que las partes — contendientes prefieren que seus controversias se decidan, en virtud de la facultad que las concede el artículo 487 en su párrafo/ 2º., por Jueces, árbitros o amigables componedores, envez de que/ lo hagan los funcionarios a quienes la Constitución y las Leyes — Orgánicas tienen encargados de tan sagrada misión, por la inter— vención que en esos juicios ante un verdadero Tribunal de elec— ción regulado por dicha Ley se concede al Poder Judicial, cuando/ llegue al caso, con los recursos de apelación y casación que autoriza, esas prescripciones que originan acción para exigir su cum— plimiento o demostrar la imposibilidad de realizarlo en su caso y lugar, no se oponen a que los litigantes, en su deseo de evitar — gastos con costosos pleitos, prefieran primeramente que sus dife— rencias se resuelvan amistosamente, por medio de laudos, a veces — no sometidos siquiera al precepto rituario que exige la observan— cia de reglas procesales...No hay razón para impedir que terceras personas, sin el carácter procesal de árbitros o amigables compo— nedores, puedan decidir las colisiones de derecho qe se susciten/ entre los contratantes cuando éstos así lo convienen y mutuamente aceptan, de lo que pudiera ser ejemplo el caso de la sentencia de este Tribunal de 27 de Marzo de 1.925; o ya por otras y pertinen— tes razones, la jurisprudencia de este Tribunal se ha orientado — en el sentido de admitir la libertad de los pactos encaminados a/

la resolución de las contiendas que originen los contratos, en — el modo y forma que mutuamente se convenga en las respectivas cláu sulas, de las que sólo pudiesen desligarse o por mutuo asenso o — por demostración de la imposibilidad de realizarlo en la forma — convenida, de lo que son evidente demostración, en su diversidad — de razonamientos, que en esencia conducen a la sustancia de lo ex— puesto, las sentencias, entre otras, de 18 de Mayo de 1.886, 20 de/ Abril de 1.899, 11 de Mayo y 10 de Diciembre de 1.903, 31 de Octu— bre de 1.908 y muy particularmente las de 27 de Mayo de 1.925 y — 23 de Abril último.

Con arreglo a tal doctrina produce indudablemente incompeten— cia al presente traer a discusión ante los Tribunales ordinarios — las cuestiones referentes al contrato de arrendamiento, como titu— la la misma demanda a que ésta se contrae, porque la cláusula undé cima bien claramente consigna que si surgiesen desacuerdos sobre — cualquier asunto referente al mismo, se procedería en la forma — prescrita en la letra D) de la condición tercera, la cual, con re— ferencia a la revisión del precio, que por lo dicho se extiende — por todas las demás cuestiones, se sometería al laudo inapelable — de un Tribunal compuesto de un representante nombrado por cada par— te y presidido por el que lo fuera de la Audiencia Territorial de/ Cáceres, Tribunal que, como se ve, no es el procesal que esté suje— to a las condiciones exigidas por la Ley de procedimiento, y si la presidencia ha podido aceptar esa misión o rehusarla, no está al — Arbitro del dicho de una sola parte decidirlo, ni puede pretender, sin demostración de la no aceptación, desligarse de tan obligató— ria convención, tanto más cuando pudiera haber obtenido la presi— dencia, como en algún caso ha podido ocurrir, la autorización del/ superior si la estimaba necesaria".

648. En el mismo sentido la ST. del 2 de Octubre de 1.942:

"La excepción de incompetencia de jurisdicción, independientemente de su aspecto procesal, ha sido acertadamente desestimada por la/Sala sentenciadora, porque los términos del capítulo VII de la escritura de constitución de la Sociedad Anónima "Transportes de C" en que la excepción es fundada, claramente remiten al juicio de amigable composición las cuestiones tan sólo que surjan entre la/Sociedad y los accionistas, esto es, las relaciones internas de la Sociedad, sin que comprendan ni puedan comprender sus relaciones externas, con personas extrañas a ella o terceras. (Sent. de 2 de Octubre de 1.942, id. id., Aránzadi, Repertorio, año 1.942 - número 1.157 marginal, pág. 644) "

649. Con la Ley de 22 de Diciembre de 1.953 solo el compromiso funda la excepción de incompetencia de jurisdicción a tenor de lo preceptuado en el art. 19:

"El otorgamiento del compromiso impedirá a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre — que a la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase"

650. ¿Cuales son las razones de esta actitud ?

Se ha dicho (1) que el juez no puede declinar su competencia en un Tribunal todavía no formado que le sustituya en la decisión de la controversia.

Al no contener el contrato preliminar designación de los árbitros,— si se pudiera oponer la excepción fundada en el contrato preliminar se daría la paradoja de estar excluyendo la competencia de unos órganos jurisdiccionales — sin que verdaderamente existiera la sumisión previa a unos árbitros determinados, sino solo la promesa que puede quedar sin efecto si oportunamente no se va a la formalización del compromiso, objeto único y positivo para el que se crea/ el contrato preliminar (2).

Es decir, el contrato preliminar de arbitraje no tiene eficacia excluyente de la intervención de los Tribunales pues solo cuando el compromiso se

ha formalizado o está pendiente de formalización (3), se permite apartar la intervención judicial.

NOTAS

(1) RODRIGUEZ VALCARCE, op. cit. pág. 194.

GUASP, Comentarios a la LEC, II, 1º, 1.950 pág. 1279.

(2) GONZALEZ MONTES, la excepción de compromiso, Revista de Derecho Procesal — Ibero-Americana, 1.975, nros. 2-3, pág. 435.

(3) Art. II de la Ley de 22.XII.53.

Un resumen de la jurisprudencia en este sentido lo contiene la Sentencia de 21 de Mayo de 1.975:

"Así la Sentencia de 20 de Noviembre de 1.958 declara que después de la publicación de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953, en que se regula separadamente la llamada "cláusula compromisoria" o contrato preliminar de arbitraje y la verdadera escritura de compromiso que se puede y debe otorgar consecuencia de aquella, es este segundo contrato el que según el art. 19 de dicha Ley puede impedir a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, Si la parte a quien interesa invoca el compromiso mediante la correspondiente excepción; la de 5 de Mayo de 1.958 sostiene que la cláusula compromisoria no tiene más alcance que el vincular a las partes a la conclusión futura del compromiso y/ en tanto aquello no tiene lugar no puede eliminarse la Competencia jurisdiccional de los Tribunales; las SS. de 29 de Marzo y 31 de Diciembre — de 1.969 declaran que la vía judicial estará solo impedida según el art. 19 cuando se haya otorgado la escritura de compromiso, ya sea voluntariamente o en trámite de formulación judicial "

651. Esta doctrina se ratifica con la ST. de 28 de Febrero de 1.974 que declara que :

"Solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente o la pendencia de esta última formalización impide a los jueces o tribunales conocer de la controversia sometida o que se intente someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que, por el contrario, si el compromiso no se hubiera voluntariamente formalizado o no se hubiera hecho uso del derecho que reconocen los arts. 9 y 10 de la misma el contrato preliminar quedará sin efecto".

652. ¿Cuales son las consecuencias de no fundar la cláusula compromisoria la excepción de incompetencia de jurisdicción ?

Fundamentalmente la privación del efecto positivo de la cláusula. -

Si una de las partes, a pesar del contrato preliminar de arbitraje, acude a los Tribunales mediante el ejercicio de la oportuna acción judicial, y/ la otra parte no puede oponer la excepción de incompetencia de jurisdicción por el hecho de no existir todavía el compromiso propiamente dicho, no le cabe otra solución al otorgante que quiera exigir el cumplimiento del contrato que acudir rápidamente a la formalización judicial del compromiso. Pero puede darse perfectamente el caso que, entre tanto se llega a dicha formalización, haya pasado ya el período procesal de alegaciones en que el demandado puede formular las excepciones que crea oportunas, por lo cual al no haberse opuesto en tiempo y forma/ hábiles la excepción de incompetencia o de arbitrajes, resultará:

1º. que el juzgador no podrá tener en cuenta la excepción propuesta/ con posterioridad al período de alegaciones, 2º. que como la excepción de incompetencia fundada en la existencia de compromiso solo es viable si la parte la invoca expresamente, los Tribunales fallarán sobre el fondo por entender que ambas partes se han sometido/ a la jurisdicción ordinaria.

653. En este sentido la Sentencia de 11 de Octubre de 1.979 declaraba que :

" La efectividad del contrato preliminar queda postergada si la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipa a la acción judicial poniendo en marcha el mecanismo de arbitraje, esto es, el actor no habría podido acudir a los Tribunales si antes el demandado reconviniente, pero no después, hubiere solicitado del Juez la formalización de dicho contrato preliminar a virtud de lo establecido en la cláusula a la que se hizo referencia"

654. En el mismo sentido la ST. de 7 de Junio de 1.978:

"La orientación sostenida por la Ley de Arbitraje a tenor de la cual solo el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última formalización funda la excepción de incompetencia, posterga la figura del contrato preliminar si la iniciativa de cualquiera de los contendientes no se anticipa a la acción judicial"

655. Por otro lado, dice un autor (1), no se comprende el motivo por que se impide a un Juzgado, en un proceso declaratorio, pronunciarse sobre la validez de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, cuando se le permite decidir sobre ella sin más que oír a ambas partes, sin proceso contradictorio propiamente dicho, sin práctica de prueba ni audiencia o vista, y sin posibilidad alguna de recurso contra su decisión. Si puede hacerse valer la cláusula compromisoria ante la jurisdicción ordinaria, para algo tan trascendental como/ el nombramiento de los árbitros, no se comprende como se le niega validez para/ impedir que los Tribunales fallen sobre el fondo cuando una de las partes alegue y prueba la existencia del contrato compromisorio.

NOTAS

(1) CARRERAS; Estudio Comparativo de la Ley española de Arbitraje, Estudios de - Derecho Procesal, Bosdi, Barcelona 1.962 pág. 449.

656. CONCLUSIONES

Terminaría concluyendo que la solución dada por el Derecho interno/ de arbitraje se aparte totalmente ~~del~~ Derecho Comparado, donde la cláusula compromisoria funda la excepción de incompetencia.

Con la solución interna, el pacto compromisorio es ilusorio en la - gran mayoría de los casos.

Además, nos encontramos con que en el Derecho español hay dos tratamientos distintos para cláusula compromisoria. Y esto no tiene sentido. Por eso, sostenemos que la cláusula compromisoria interna, por razones prácticas, por razones de interpretación sistemática, y por no prohibirlo la Ley de 22.XII.53 debe fundar la excepción de arbitraje, a pesar de la jurisprudencia en contra.

CAPITULO DECIMO

NULIDAD. EXTINCION

PARTE PRIMERA : NULIDAD

1. CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL

657. El art. V.1.a de la Convención de Nueva York dice textualmente que :

"Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) ~~que~~ el acuerdo a que se refiere el art. II, no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la Sentencia.

Por consiguiente la invalidez de la cláusula compromisoria es causa de denegación del reconocimiento y ejecución de la Sentencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Convenio en el art. 2 determinará lo que es una Convención arbitral y que lo hace con gran amplitud de contenido y de formalidades, cuando hable de validez o invalidez, el Convenio/ se está refiriendo a lo que el Código Civil español conoce como causas de nulidad de los contratos (1).

Como esa validez o invalidez se tiene que determinar conforme a — las Leyes a las cuales las partes han sometido la regulación de la cláusula — compromisoria, y, en su defecto, a la Ley del país en donde se ha dictado la — sentencia arbitral, habrá que estar a las regulaciones específicas que puedan/ hacer esos ordenamientos para determinar cuales son las causas de invalidez de la cláusula compromisoria, que dan lugar al no reconocimiento.

Pero repetimos que la invalidez o validez es un concepto jurídico/ que el Tribunal Supremo Español maneja como juez de reconocimiento y tiene que interpretar conforme a sus propias normas jurídicas; esa interpretación nos — lleva a equiparar invalidez con causas de nulidad.

NOTAS

(1) Ver nos. 623 a 644.

658. Según el art. IX. 1. a) del Convenio de Ginebra, :

"La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo -

en el extranjero solo en el caso de que tal anulación se hubiera —
llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya Ley —
fue pronunciado el fallo arbitral y ello conforme a una de las si—
guientes razones :

- a) :...El acuerdo o compromiso no era válido con arreglo a la —
Ley a la cual se sometieron las partes o en caso de no haber/
indicación al respecto, conforme a la Ley del país donde se —
dictó el laudo.

Conforme a lo dicho anteriormente "invalidez" debe entender—
se en el sentido que el acuerdo arbitral confiere alguna de —
las causas de nulidad que recoge nuestra Legislación sustanti—
va .

2. CLAUSULA COMPROMISORIA INTERNA

659. Derecho griego

La existencia de una nulidad o de una causa de anulación en la cláusula arbitral deberá, en virtud del art. 869 C Proc. Civ. ser establecida por aplicación de las disposiciones del derecho privado, y en primer lugar, del derecho/
civil.

Las causas de nulidad son diversas: incapacidad, vicio de forma, objeto o contenido contrario al orden público o a las buenas costumbres, simulación etc. Las causas de anulación son sobre todo los vicios de consentimiento: error, dolor o violencia.

660. Las consecuencias de la nulidad de los contratos están previstas en el Codigo Civil helenico. Pero las consecuencias de la nulidad de la Convención arbitral no son regidas por el Derecho Civil: Son reglamentadas por el Derecho arbitral.

661. Se admite en Derecho helénico, que la nulidad de la Convención arbitral puede ser invocada en las instancias siguientes:

- a) Si habiéndose sometido una parte a la jurisdicción estatal, la —
otra provoca la excepción de incompetencia de jurisdicción fundada en la Convención arbitral, el demandante puede oponerle la nulidad de la convención arbitral.
Es un problema de examinar si la jurisdicción ordinaria puede, en esta etapa, —

pronunciar la nulidad de la Convención arbitral. La mayoría de los autores griegos se pronunciaron por esta posibilidad, pero con ciertas distinciones.

b) La nulidad de la Convención arbitral puede ser alegada delante - de los árbitros.

c) Si la nulidad de la Convención arbitral no ha sido pronunciada - por los árbitros, la parte interesada puede acudir a la acción de anulación de/ la sentencia arbitral delante de la jurisdicción competente. Vámos a examinar - este caso.

662. La acción de anulación es la vía principal de impugnación de la sentencia/ delante de la justicia estatal. En esto, el Derecho Griego, ha adoptado un sistema que es seguido por el Derecho alemán, el derecho suizo, el derecho austríaco, y en estos momentos el moderno derecho francés.

La acción de anulación de la sentencia no es posible más que por los casos enumerados taxativamente por la Ley.

El procedimiento delante de la jurisdicción estatal se desarrolla - conforme a las disposiciones del Derecho Común, pero con ciertas particularidades.

663. El primer caso de anulación de la Sentencia se refiere a la Convención arbitral.

La nulidad de la Convención arbitral constituye un caso de anulación de la sentencia. (art. 97 CPC).

Es evidente que la parte, habiendo participado sin reservas en el - proceso arbitral no puede invocar la nulidad de la Convención arbitral por primera vez delante de la jurisdicción ordinaria. Más particularmente no puede invocar delante de esta jurisdicción una causa de nulidad de la cláusula compromisoria que no había invocado delante de los árbitros. Si lo hiciese, iría contra el Principio CONTRA FACTUM PROPRIUM.

Por lo demás, este principio ha inspirado la redacción del art. 869 CPC, según el cuál el defecto de cláusula compromisoria escrita es subsanado si

las partes comparecen delante de los árbitros y participasen reserva en el desarrollo del proceso arbitral.

Pasado el plazo para ejercer la acción de anulación de la sentencia ya no es posible provocar la cuestión de la nulidad de la Convención arbitral/ porque ya no es posible impugnar el efecto de cosa juzgada de la Sentencia arbitral.

664. El art. 44 del nuevo Derecho francés del arbitraje dice en su art. nº. 1

"La acción de nulidad del acto cualificado como Sentencia arbitral está abierto en los siguientes casos:

1º. Si el árbitro ha fallado sin convención arbitral o con Convención nula o que ha expirado. "

665. El art. 25 de la Ley Uniforme europea sobre arbitraje dice que :

"La Sentencia arbitral no puede ser atacada ante la autoridad judicial sino por la vía de anulación y no puede ser anulada sino en los casos enumerados en el presente artículo.

2º. La Sentencia arbitral puede ser anulada:

c) Si no existe acuerdo de arbitraje válido.

666. En el Derecho interno español, se puede alegar la nulidad de la cláusula/compromisoria por las siguientes vías:

1. Acción de nulidad.

Suponemos que los árbitros no han aceptado todavía juzgar el litigio que las partes le someten. Si así fuera, la nulidad de la cláusula compromisoria podría ser alegada por vía de excepción frente a la demanda principal.

Así mismo, si la demanda de nulidad tuviera como fin pedir la nulidad del contrato en el cual se inserta la cláusula compromisoria (por ejemplo, se alega un vicio de consentimiento de una de las partes) tendríamos los dos/ siguientes supuestos:

a) En el caso que la cláusula compromisoria tenga un alcance general, en el sentido de que se refiere a todas las dificultades a que pudiera dar lugar el contrato principal, los árbitros serían competentes para conocer de este asun-

to

b) Si la cláusula compromisoria no se refiere más que a ciertas clases de litigios, excluyendo el relativo a la nulidad del contrato principal, podría discutirse si los árbitros tienen competencia o no.

667. En el caso de que la acción de nulidad no tenga más finalidad que pedir la nulidad de la cláusula compromisoria, la solución es diferente según que exista o no un litigio sobre el fondo entre las partes.

a) Si no existe litigio sobre el fondo, la acción de nulidad provocada delante/ de la jurisdicción estatal seguirá las reglas generales del Derecho Común.

668. Sabemos que atendiendo a la regulación del Código Civil la cláusula compromisoria puede ser:

1. Nula absoluta y radicalmente. Es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico puede acordar, porque niega al negocio la posibilidad al producir consecuencias jurídicas: *quod nullum est, nullum effectum producit*. Los casos en que la cláusula compromisoria puede ser nula radicalmente son:

1. Ha traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad: La Ley, La moral y el orden público (art. 1255) art. 6 .

3º. T. preliminar.

2. La cláusula compromisoria tiene por objeto cosas fuera del Comercio de los — hombres o servicios que sean contrarios a la Ley o a las buenas costumbres.

3. La cláusula compromisoria carece de los presupuestos esenciales del art. 1261 CC .

Como principio general, la cláusula compromisoria no produce ninguno de los efectos jurídicos que tiene previstos.

Además, dado que la nulidad es absoluta, posee un alcance general que legitima para el ejercicio de la acción de nulidad no solo a los que han sido — parte en el negocio, sino también a quien tenga interés legítimo en pretender la nulidad, apreciado en el momento de ejercitar la acción. Tiene carácter imprescriptible reconocido por la jurisprudencia.

2) Anulable . La sanción de anulabilidad se refiere a un negocio en que concier—

nen todos los presupuestos esenciales del art. 1261 CC, pero adolece de un vicio que lo invalida con arreglo a la Ley (art. 1300 CC).

Estos vicios afectan:

1º. A la capacidad de las partes. El Código Civil alude a los menores o incapacitados (art. 1301 párrafo penúltimo). Pero lo mismo ha de entenderse respecto de la cláusula compromisoria concluida por los emancipados sin el complemento de su capacidad.

2º. A la existencia de los llamados vicios de la voluntad: error, dolor, violencia e intimidación.

La sanción de anulabilidad es protectora únicamente de la parte ^{ha} que sufrido el vicio en la formación de su voluntad o padece la restricción a su capacidad de obrar. Por ello es ella la legitimada únicamente para ejercitar la acción.

El plazo para el ejercicio de la acción es de cuatro años, plazo de caducidad y no de prescripción,

669. Si por el contrario existe ya un litigio sobre el fondo, la nulidad de la cláusula compromisoria se haría valer por vía de excepción frente a la acción principal. Ahora bien, como los árbitros son competentes para fallar sobre su propia competencia, podrán fallar sobre la nulidad de la cláusula compromisoria.

670. 2) Proceso de formalización judicial del compromiso.

Cabría alegar en este proceso la nulidad de la cláusula compromisoria. Sin embargo, pienso que el Juez en este caso, se debe limitar a constatar la existencia del contrato preliminar de arbitraje.

671. Esta es la solución del art. 8 del Reglamento de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

"Cuando una de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia o invalidez del Convenio de arbitraje, la Corte, — previa constatación de la existencia material de este Convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad ni el fundamento de estas

excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponde al árbitro proveer sobre su propia competencia."

672. Las razones de esta solución son dos:

1. Contra el auto del Juez ya existen unos recursos.
2. La función del Juez es auxiliar, favorecer el arbitraje.

673. 3) Si el Juez no accede a la formalización judicial del compromiso se puede ir a un proceso declarativo ordinario (art. 10. 5º. párr. 2º.) En este — proceso se pedirá la conclusión del compromiso. Entonces, la parte a quien — interese alegará la excepción de nulidad de las cláusula compromisoria.

674. 4) Recursos contra el laudo

Art. 28: "Contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje/ de Derecho, procederá solo el recurso de casación, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo".

Pueden ocurrir varios supuestos:

1). Estamos ante un caso de nulidad radical de la cláusula compromisoria: a) La parte a quien interesa alega la nulidad ante el Tribunal arbitral y este desestima la petición de nulidad. Entonces cabe invocar el recurso de casación contra el laudo arbitral.

b) La parte a quien interesa no lo alega y el árbitro, de oficio, — desestima la nulidad de la cláusula compromisoria. Igualmente cabe invocar este recurso .

c) La parte a quien interesa no alega la nulidad y el árbitro tampoco, de oficio resuelve nada sobre la cuestión. Entonces, también cabe interponer el recurso de casación.

675. 2) Caso de anulabilidad de la cláusula compromisoria: También se pueden — dar disfrentes hipótesis:

1. La parte legitimada alega la anulabilidad de la cláusula compromisoria ante el Tribunal Arbitral y este la desestima. Entonces cabe interponer el recurso de casación.

2. La parte legitimada no alega la anulabilidad de la cláusula compromisoria. Entonces, no cabe interponer el recurso de casación.

676. La jurisprudencia, en sentencia de 10 de Abril de 1.963 ha declarado que/ la cuestión de la validez del contrato preliminar encaja en el recurso de casación por infracción de Ley.

"A tenor de lo preceptuado en el art. 30 de la Ley de 22. XII.53, el recurso de nulidad contra laudos dictados por árbitros de equidad se refiere solo y taxativamente a problemas de plazo o de thema decidendi, lo que impide que en él puedan discutirse la validez o nulidad del contrato preliminar de arbitrajes, pues, aunque el nº. 5 del art. 10 Ley 22.XII.53 dispone que sólo puede atacarse la validez de dicho contrato preliminar mediante los recursos establecidos para la impugnación del laudo, ni este precepto puede referirse al arbitraje de equidad por oponerse a ello el único recurso concedido en el art. 30 Ley 22.XII.53, ni el análisis y resolución del problema de la validez de dicho contrato encaja en el al rec.- de nulidad y si en el de infracción de Ley, ni las causas en las que aquel ha de ampararse para ser admisible pueden ser ampliadas/ al faltar el precepto expreso que así lo autorice".

677. El art. 30 de la citada Ley declara que :

"Contra el fallo que dicten los árbitros en un arbitraje de equidad, solo cabrá recurso de nulidad ante la Sala primera del Tribunal Supremo".

Sin embargo, al no estar comprendido la validez del contrato preliminar dentro de alguno de los motivos del art. 1691 3º. Ley de Enjuiciamiento Civil, habría que acudir a un proceso declarativo ordinario.

678. En este sentido la Sentencia de 7 de Marzo de 1.963:

"Por la claridad de los términos en que se halla redactado el artículo 30 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado en cuanto que — dispone que contra los fallos que se dicten en los de equidad no ca

be otro recurso que el de nulidad fundado en las taxativas causas/ señaladas en el ap. 3º. del art. 1691 LEC; no pueden plantearse, - ante este Tribunal, a través de estos recursos, temas que desborden los contratos? referentes a la extemporaneidad del laudo profe- rido o a la resolución de cuestiones no sometidas a su decisión. Por consiguiente no puede discutirse en el rec. de nulidad la vali- dez del contrato preliminar, ya que a tenor de reiterada jurispru- dencia, de su ámbito quedan sustraídas todas las cuestiones que - no sean las que de manera específica señala el ap. 3º. del art. 16 91 LEC teniendo declarado asimismo este Tribunal al enjuiciar el te- ma propuesto que si bien conforme al art. 10 de la Ley de Arbitra- jes de Derecho Privado cuando por el Juez se accede a la formaliza- ción del compromiso, "solo puede atacarse la validez del contra- to preliminar mediante los recursos establecidos para la impugna- ción del laudo" ello no supone hacer viable un recurso de casación en los arbitrajes de equidad contra los cuales y por las causas - que menciona solo cabe interponer el de nulidad sin que este doc- trina impida que, previa la discusión procedente, en el procedi- miento adecuado, pueda llegar a este Tribunal el problema que por/ el cauce que se intenta está vedado suscitar".

679. Derecho italiano. La doctrina italiana ha discutido si el defecto de los extremos exigidos por el art. 867 C. Proc. Civ. determina la nulidad o la anu- labilidad del Convenio arbitral y ello, ya a los efectos del modo y del tiempo de hacerla valer, ya para determinar por cual de las partes sea denunciabile o/ provocable, y si y cuando es admisible la convalidación.

En principio, parece que hay que distinguir tres tiempos o tres mo- mentos: antes de la apertura del proceso arbitral, durante el juicio y después/ del proceso (es decir, después del pronunciamiento de la Sentencia arbitral)(1)

NOTAS

- (1) Admitian la posibilidad de sanatoria de los vicios eventuales AMAR, op. cit. págs. 55-63; MATIROLLO, op. cit. pág. 663 mientras que la opinión contraria

ha sido sostenida por CODOVILLA, op. cit. pág. 123. En vigencia del actual/ Código de procedimiento Civil, la cuestión ha quedado contravertida: ANDRIO LI, Comm., op. cit. . II, pág. 468, propone dos soluciones : o se sigue la — opinión publicista y entonces los árbitros pueden valerse del art. 182, cod. proc. civil, o se acoge la teoría contractual, y entonces el adversario del incapaz o del no legítimado no tiene acción alguna impugnativa contra el — contrato .

D'ONOFRIO, Comm. op. cit., II. pág. 387 acoge la primera solución. RE— DENTI, Dir. proc. civ. III, pág. 452 acoge la segunda por la absoluta imposibilidad de sanatoria, toda vez, que el vicio de incapacidad del contrato/ arbitral incide sobre la válida constitución del Juez, están VECCHIONE, l'— Arbitrato , op. cit. pág. 130-133 y SCHIZZEROTTO, op. cit. pág. 83.

680. Antes de las instauración del proceso arbitral, la eventual invalidez — puede ser hecha valer, como respecto de cualquier contrato, mediante una acción que se llamaría de anulación, proponible sin duda por la parte incapaz o por — quien fuese por ella. Pero si se considera que en curso del proceso arbitral — la nulidad puede ser provocada también po la parte capaz, piensa la doctrina — que también a ella debe serle concedida, por las mismas razones la acción pre— ventiva de nulidad. ~~Per~~iste sin embargo, una cierta diversidad de régimen para/ las distintas partes, pues desde el punto de vista de la parte incapaz, o de — quien sea por ella, parece cierto —en opinión de la doctrina— que se puede ad— mitir una convalidación expresa en las formas del Código Civil, a la cual no — se puee oponer la otra parte. Pero una convalidación por parte de esta última/ no tendría en cambio sentido, ni tendría efecto. Aguien ha hecho observar que/ si solo faltan las autorizaciones prescritas para quien debe representar o asis— tir a la parte incapaz habría que considerar la cláusula como todavía imperfec— ta, más bien que anulable y habría que considerarlo perfectible (mejor convali— dable) con la supervenencia de las autorizaciones que faltan. Pero esta opi— nión encuentra obstáculo en la jurisprudencia hoy predominante, según la cual/ las autorizaciones prescritas por la Ley en tutela de los incapaces, deben ser previas, no subsiguientes o póstumas. Ello parece ser todavía posible cuando/ las autorizaciones estén prescritas únicamente por normas estatutarias o regla— mentarias internas.

681. En el curso del proceso arbitral parece que la invalidez puede ser denunciada ante los árbitros también por la parte capaz, si se reflexiona que la sentencia o laudo de los árbitros podría ser, de lo contrario, impugnado, por la parte incapaz o por quien fuese por ella. Es decir, que parece ser que la parte capaz no puede ser constreñida a proseguir el proceso, corriendo aquel riesgo - (que la sentencia resulta luego inlitigada, si es favorable a ella, impugnada EX ADVERSO).

Los árbitros ante los cuales sea denunciada la cuestión parece ser/ que pueden y deben decidir de ella (y no ya suspender y remitir a la autoridad judicial), salvo la impugnabilidad de la Sentencia (laudo) si la han rechazado infundadamente. De todo ello parece -declara la doctrina- que debe inferirse que los árbitros pueden provocar y decidir la cuestión incluso de oficio.

682. Por lo demás, cuando los árbitros hayan pronunciado sobre el fondo sin que haya sido planteada la cuestión de nulidad (anulabilidad), o una vez que la hayan resuelto negativamente, solo puede ella constituir materia de una impugnación de la sentencia (laudo) en virtud del art. 829 nº. 1 CPC. Puede ella ser propuesta solo por la parte incapaz y por quien actúa por ella, si es vencida.

PARTE SEGUNDA : EXTINCION

1. INTRODUCCION

683. Normalmente, la cláusula compromisoria se extingue con la sentencia arbitral.

Pero puede suceder que las partes hayan sometido al Tribunal Arbitral solo una parte de las controversias que podrían surgir de una relación jurídica determinada . En este caso, la cláusula compromisoria seguirá siendo válida para la solución de nuevas controversias que surgiesen de la misma relación jurídica determinada.

684. Algún autor (1) ha hablado en este caso del ciclo vital de la cláusula compromisoria refiriéndose al Derecho italiano y comparándolo con el ciclo vital del compromiso.

NOTAS

- (1) REDENTI, El Compromiso, op. cit. pág. 129 y 22. sus soluciones son perfectamente aplicables al Derecho español.

685. Dice este autor que el ciclo vital del compromiso se inicia en el mismo momento en que éste se perfecciona; se desarrolla en el proceso arbitral y se cerra en el momento en que con el decreto de ejecutoriedad del pretor el laudo se convierte en sentencia (1). Todas las actividades de las partes, de los árbitros y, por último, también del pretor hasta ese momento extremo, tienen efectivamente en el compromiso su presupuesto específico y de él derivan su razón/ de ser y los caracteres que los distinguen. Con el decreto de ejecutoriedad del compromiso agota su función y cesa de existir en acto. Podríamos decir que pasa a la historia.

NOTAS

- (1) REDENTI, op. cit. pág. 130.

686. Los árbitros quedan automáticamente despojados de su carácter y las partes cesan de estar ya sujetas al compromiso.

Tendrán, en cambio, vigor en cunato a ellas, los efectos del laudo arbitral: las partes están sujetas al mismo. Y es el laudo el que tiene existencia y eficacia propias, no el compromiso, tal como pueden tenerlas las sentencias del juez.

El laudo podrá ser también impugnado por las vías que el Derecho — italiano ha previsto, y es solamente el laudo lo qe se puede impugnar; solo a — él se le puede hacer blanco de censura, aunque éste tome pie de actos anteriores o del compromiso mismo, que constituyen su precedente histórico. Y en efecto, si a consecuencia de la impugnación el laudo llega a ser anulado o revocado, no por ello revive el compromiso, pues la misión de conocer el fondo queda/ ya reservado únicamente a la autoridad judicial, que por efecto del indicium — rescindens queda investida del rescissorum (1).

NOTAS

- (1) REDENTI, op. cit. pág. 131.

687. Distinto es el ciclo vital de la cláusula compromisoria. Desde el momento en que se perfecciona, no surge un proceso sino únicamente la posibilidad potencial de procesos arbitrales a los cuales dará ella Ley, en orden a controversias no surgidas todavía (y que son, por tanto, en aquel momento, - futuribles). Para que un proceso surja de ella, serán necesarios otros actos - ad hoc, principalmente la designación de los árbitros y la fijación del objeto del litigio (1). El presupuesto específico de las actividades de las partes y/ de los árbitros estará, pues, en la cláusula, pero solo en cuanto integrada a/ esos efectos por dichos actos ulteriores. Y en el proceso que surja de ellos - no se agotará el ciclo vital de la cláusula, sino únicamente el ciclo de esa - su integración episódica.

Pero al margen de ese ciclo podrán surgir otras controversias entre las partes y dar lugar a otros actos integrativos, y consiguientemente a - estos, también a otros procesos, que tendrá a su vez su propio ciclo. La cláusula conservará siempre, también respecto de éstos, su valor potencial original.

NOTAS

(1) En nuestro derecho interno la designación de los árbitros y la fijación - del objeto del litigio se hace mediante el compromiso.

688. Tan lejos está de agotarse en el proceso dicho valor potencial que algún sector de la doctrina italiana considera que si a consecuencia de una impugnación se anula o revoca un laudo pronunciado ex clausula, la autoridad judicial puede o debe remitir el *indicium rescissor um* (1) a un nuevo proceso arbitral, también él ex clausula.

NOTAS

REDENTI, op. cit. pág. 133.

689. Con respecto a esta última cuestión, la jurisprudencia italiana (CASA—
CJON 26 de Marzo de 1.957) está en contra. Algún autor (1) considera que el - juicio rescisorio correspondiente al laudo anulado debe desenvolverse en todo/ caso ante el magistrado ordinario, aún conservando vigor para todo lo demás -

la cláusula compromisoria.

En el fondo la cuestión se vincula, según otro sector doctrinal italiano a otra que se ha planteado respecto del caso de compromiso y de arbitraje de equidad. En efecto, se ha discutido sobre una posible supervivencia de la voluntad de las partes de obtener una decisión de equidad también en caso de anulación del laudo.

NOTAS

(1) CARNACINI, op. cit. pág. 56.

(2) Véase NPPI, volontà delle parti e giudizio arbitrale secondo equità. Mon - Trib. 1.949 pág. 289.

690. La cláusula agotará su propio ciclo y cesará de tener efectos (1) aunque/no haya dado lugar en concreto a proceso alguno arbitral o después de que haya dado lugar a uno o más de ellos, solo cuando desaparezca la posibilidad de que surjan entre las partes las controversias en ellas previstas, salvo el determinar en cada caso cuando acaezca ese momento final. A propósito de lo cual, como ya hemos indicado anteriormente, pueden entrar en ella incluso controversias póstumas, que surjan después de la cesación del contrato a que va anexa la cláusula, pero dependientemente de hechos ya ocurridos.

NOTAS

(1) REDENTI, op. cit. pág. 134.

691. En concreto, después de haber examinado el valor potencial de la cláusula compromisoria, esta puede extinguirse por diversas causas.

1. Renuncia tácita. Se extingue prematuramente la cláusula compromisoria cuando una de las partes somete a la jurisdicción estatal el litigio que constituyen su objeto, sin que la otra alegue la excepción de arbitraje fundada en la existencia de la convención arbitral.

Se dice entonces que esta parte ha dado su consentimiento tácito para poner fin a la cláusula compromisoria.

692. La jurisprudencia italiana, contempla algunos casos de renuncia tácita — en relación con la excepción de arbitraje.

Se ha decidido (1) que cuando una parte excepcione ante el Tribunal Arbitral la incompetencia de los árbitros y la otra se adhiera a la excepción —

quedando todo ello consagrado en acta ad hoc, hay renuncia al proceso arbitral.

NOTAS

(1) Casación, 26 de Marzo de 1.956; Casación 25 de Mayo de 1.955.

693. A su vez, la jurisprudencia francesa (1) ha declarado que :

"La jurisdicción arbitral no tiene competencia propia y no tiene más que una competencia de prestado (d'emprunt) por el juego, en su beneficio, de una prórroga convencional de competencia (sometida a las condiciones habituales de las convenciones); por consiguiente, si las partes renuncian a una cláusula compromisoria ésta ya no tiene efectos. En esta hipótesis, se restituye a la jurisdicción cuya competencia normal ha sido prorrogada por causa de la Ley, la competencia normal de atribución que posee legalmente, y no, como a veces se ha sostenido, por el efecto de la pretendida prórroga que — constituerá la renuncia a la cláusula compromisoria".

NOTAS

(1) Cour d'appel de París (1^{re} Ch. suppl) 14 de Mayo de 1.959.

694. Esta renuncia tácita debe ser inequívoca. La jurisprudencia italiana (1) — ha dicho que la llamada renuncia tácita debe provenir de hechos ciertos y concluyentes que demuestran la voluntad de las partes de no servirse del pacto compromisorio.

Así, no constituye renuncia el hecho de que una de las partes haya instaurado ante el juez estatal procedimiento de declaración previa a tenor del art. 696 del CPC italiano, ya que tal procedimiento no constituye el inicio de un juicio de resolución de la controversia (2).

NOTAS

(1) Casación, 8 de Agosto de 1.951.

(2) Apelación de Génova, 24 de Enero de 1.952.

695. La jurisprudencia francesa ha declarado que:

"Si los contratantes pueden renunciar a una cláusula compromisoria, — esta renuncia debe ser el resultado de una manifestación de voluntad inequívoca de los mismos".

NOTAS

(1) COUR D'APPEL de LYON (1re Ch) Arrêt de 24 de Abril de 1.969.

696. El principio de la renuncia tácita es proclamado, a su vez, en la jurisprudencia española.

"El pacto entre los contratantes tendente a que una comisión dirimiese diferencias futuras que pudieran suscitarse entre los contratantes, revistiría caracteres de cláusula compromisoria que siendo válida en su origen sin requisitos de forma, deviene totalmente ineficaz por renuncia o desestimamiento tácito de los interesados, medio extintivo del compromiso según el art. 800 LEC y medio extintivo también del nuevo pacto sumisorio según lo estipulado expresamente en la cláusula 4ª. del Convenio arbitral de 14 de Octubre de 1942"

NOTAS

(1) Sentencia del TS de 30 de Marzo de 1.950.

697. Aunque la Sentencia declara que la renuncia tácita estaba prevista en el Convenio arbitral, que duda cabe que las partes pueden renunciar tácitamente — por hechos concluyentes, como veremos a continuación (1).

NOTAS

(1) Hay que precisar que en el Derecho interno no sería aplicable la doctrina — que la no alegación de una excepción de arbitraje ante la jurisdicción estatal — implicaría la renuncia a la cláusula compromisoria, dudo el momento en que la Ley y la jurisprudencia no reconocen que la cláusula compromisoria fundamente/ una excepción de incompetencia de jurisdicción.

Sin embargo, esta doctrina es perfectamente aplicable a la cláusula/compromisoria convencional

698. La Ley de 22. Diciembre de 1.953, contiene dos casos de renuncia tácita en/ su art. II. a tenor del cual.

"si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los arts. 9 y 10, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto.

699. En este sentido, la Sentencia del TS de 26 de Septiembre de 1.964, la cual además trata también del plazo necesario para pedir la formalización judicial —

del compromiso, declaraba que:

"El motivo de la impugnación tiene como base única la apreciación del recurrente de que no habiéndose cumplido por la parte demandante y ahora reunida la obligación de realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, que le impone el párrafo 1º. del art. 9 de la Ley Especial carece de acción para reclamar judicialmente lo que postula en el pleito, pero a esta simplista apreciación del problema planteado es de oponer : A) que la obligación que, en efecto se impone a los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje, por el párrafo 1º. del art. 9 de la Ley 22.XII.53 tiene como complemento el párr. 2º. del mismo artículo, expresivo de que en caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo o lo hiciere de modo que resulte inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al juez, pidiendo la formalización judicial/ del compromiso, o sea que, la inacción de una parte puede y debe — ser suplida por el impulso de la otra, para que el contrato preliminar de arbitraje produzca sus debidos efectos B) Si la inacción alcanza a todas las partes intervinientes en el contrato preliminar, entrará en juego el art. 11, según el que si el compromiso — no se hubiera voluntariamente formalizado o no se hubiera hecho — usho del derecho que reconocen los arts. 9 y 10 el contrato preliminar quedará sin efecto C) En consecuencia la parte que no solicitó la formalización judicial del compromiso en el período intermedio entre la perfección del contrato preliminar de arbitraje y la/ interposición de la demanda ante los Tribunales de Justicia, lleva da a cabo por la otra parte, Siempre que entre ambos momentos haya mediado un plazo razonable de tiempo, no puede sustraerse a la intervención de aquellos, por la mera alegación de que la contraparte no dió cumplimiento a lo que por la suya tampoco fue cumplido.

700. En el mismo sentido la Sentencia del TS de 17 de Mayo de 1.962, la cual — sostiene que:

contrato arbitral en cuanto que él ayuda a poner en marcha el proceso arbitral.

En general cualquier contrato posterior a la cláusula compromisoria y anterior a la sumisión del litigio al Tribunal Arbitral debe ser considerado como un contrato arbitral, en cuanto que constituye, siguiendo a la doctrina italiana, un acto integrativo de la cláusula compromisoria y sirve para poner en marcha el proceso arbitral.

Aquí hemos puesto el caso de que un contrato posterior a la cláusula compromisoria se establece el plazo en que se debe dictar el laudo arbitral. Otro ejemplo característico es el supuesto en que en la cláusula compromisoria y esto se hace en un acuerdo posterior. Este acuerdo sería un convenio arbitral.

- (2) Esta solución no es aplicable a la cláusula compromisoria interna, ya que en el compromiso debe estar fijado, inexorablemente, el plazo.

704. B) Causas relativas a los árbitros. La muerte o la negativa de los árbitros o de un árbitro no implica el fin de la cláusula compromisoria.

Sin embargo, en la hipótesis en que los árbitros han sido designados de común acuerdo por las partes, en el momento de la conclusión de la cláusula compromisoria o posteriormente a esta, la muerte o la negativa de los mismos produce como efecto la terminación de la cláusula compromisoria, a no ser que las partes hubieran pactado quienes serían sus sustitutos o el modo pactado de la sustitución: se presume en esta hipótesis que las partes han recurrido a un arbitraje "intuitu personarum" en consideración la personas que forman el Tribunal Arbitral y que han sido designadas de común acuerdo(1).

NOTAS

- (1) El problema de las causas relativas a los árbitros no tiene mucho sentido en la cláusula compromisoria interna, ya que habría que referirse en este supuesto al compromiso. Incluso aunque las partes hubieran pactado en la cláusula compromisoria interna que cada parte elegiría un árbitro y los dos árbitros eligieran un tercero, (pacto nulo teóricamente porque viola radicalmente la Ley de 22.XII.53 que exige que los árbitros sean nombrados de común acuerdo) esta cláusula compromisoria será perfectamente válida y podría dar lugar a un compromiso. Lo que sucedería entonces es que en este compromiso no se podría recoger el pacto nulo ya que si se hiciera, el compromiso iría contra la Ley de 22.XII.53.

705. C) Desaparición del objeto del litigio. La Convención arbitral no produce efectos en caso de desaparición del objeto del litigio, en conformidad con las disposiciones del Derecho Procesal (1).

NOTAS

- (1) RAMOS, Derecho, op. cit. pág. 633: "La desaparición del objeto litigioso - motiva la extinción del proceso, ya que al quedar éste sin objeto, deviene estéril su prosecución"

Todo sin perjuicio de lo dicho en nº. 683

706. Puede suceder, sin embargo que haya litigio entre las partes sobre las — condiciones de separación del objeto del litigio; en este caso, la cláusula — compromisoria no deja de producir efectos hasta la sentencia arbitral.

707 5) Confusión. Se extingue la cláusula compromisoria en el caso de que se — reúnan en la misma persona los conceptos de acreedor y deudor.

NOTAS

- (1) RAMOS, op. cit. pág. 633, dice que la confusión de las posturas procesales de parte demandante y parte demandada produce la extinción del proceso. La razón radica en que el proceso civil se basa en la dualidad de partes: la/ que pide y frente a la que se pide. Cuando ambas posturas se confunden en/ una, el proceso se extingue por falta de interés.

708. 6) Junto a estas causas, las partes pueden prever en la cláusula compromi— soria otros motivos en virtud de los cuales se extinga la cláusula compromiso— ria.

709. Estos motivos deben respetar las normas imperativas, tanto de la Legisla— ción interna como de la Legislación convencional de arbitraje.

CONCLUSIONES

(1) La cláusula compromisoria es una manifestación de la autonomía de la voluntad (nº. 10). Está regulada positivamente en el ordenamiento español, tanto en las convenciones de Nueva York y Ginebra (nº. 9) como en la Ley de 22. de Diciembre de .953 (nº. 10) .

(2) Desde una perspectiva contractual de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953, - se concibe la cláusula compromisoria como un precontrato material, que tiene por objeto la conclusión de un compromiso (nº. 31)

Desde nuestra perspectiva, entendemos que el pacto compromisoria - es un contrato (nº. 18) procesal (nº. 21), que no se diferencia para nada del compromiso (nº. 14) excepto en que se refiere a litigios futuros (nº. 13).

(3) La cláusula compromisoria se fundamenta en dos principios generales del Derecho; principio de renunciabilidad de los derechos subjetivos privados y/ principio de la autonomía de la voluntad. (nº. 54)

(4) La cláusula compromisoria es semejante a la cláusula de sumisión (nº. 58) de tal manera que se le puede aplicar por analogía las normas de la Ley -- de Enjuiciamiento Civil sobre sumisión expresa.

(5) En el ámbito del Derecho Convencional Arbitral, la Ley que se aplica a la/ cláusula regula la formación, efectos y extinción de la misma (nº. 68), - no el proceso arbitral propiamente dicho (nº. 69), Es la Ley de la autonomía (nº. 70) .

(6) Las partes en la cláusula compromisoria deben tener la titularidad y disponibilidad de los derechos o bienes objeto de arbitraje (Nº. 102). Tal regla, en el Derecho interno, se aplica tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso (nº. 107.)

- (7) El pacto compromisorio no produce efectos frente a los terceros que no han participado en su conclusión (nº. 113). Supuestos especiales en que los terceros si son parte son los de la cesión de créditos (nº. 122), la asunción de deuda y la expromisión (nº. 123), la cesión de un contrato (nº. 125).
- (8) En el Derecho Arbitral Convencional, la ley aplicable a la capacidad del extranjero es la Ley nacional (nº: 136)
- (9) No existe ningún problema de principio para que el Estado no pueda ser parte en una cláusula compromisoria interna (nº. 144), cuando tanto la jurisprudencia francesa (nº. 149), la doctrina arbitral (nº. 153) y las Convenciones Internacionales (nº. 154) reconocen aquella posibilidad respecto al pacto compromisorio sujeto al Derecho Convencional.
- (10) Por la perfección del pacto compromisorio, surge para las partes la obligación de someterse a la jurisdicción arbitral (nº. 166)
- (11) Para la perfección, es conveniente la aceptación expresa de la parte. (nº. 167), aunque es posible la aceptación tácita (nº. 174). Incluso se puede presumir la aceptación en caso de silencio de una parte (nº. 183).
- (12) El objeto de la cláusula compromisoria son las controversias por surgir — (nº. 223), de Derecho privado (nº. 226); sobre un objeto del cual las partes tienen la libre disposición (. 233)
- (13) La cláusula compromisoria no puede tener por objeto una controversia que vaya contra las buenas costumbres y la moral (nº. 249), el orden público (nº. 250) o, que se refiera a cosas que están fuera del comercio (nº. — 258), o intervenga el Ministerio Fiscal (nº. 262). O que, por disposición legislativa, el conocimiento de la controversia pertenezca exclusivamente a la jurisdicción ordinaria (nº. 267).

- (14) La causa del pacto compromisorio radica en el apartamiento de la jurisdicción estatal para someterse a la jurisdicción arbitral (nº. 308)
- (15) Aunque la Ley de 22.XII.53 consagra el principio de libertad de forma para el pacto compromisorio (nº. 313) es conveniente concluir la cláusula por escrito (nº. 313).
- (16) La existencia de la cláusula compromisoria puede ser probada por cualquier medio de prueba legalmente establecido (nº. 326).
- (17) Si bien en el ámbito del Convenio de Ginebra es posible concluir una cláusula compromisoria oral (nº. 327), en el marco del Convenio de Nueva York, la forma escrita es AD VALIDITATEM (Nº. 329).
- (18) Los árbitros tienen, por derecho propio, el poder de interpretar el contrato principal y la cláusula compromisoria (Nº.345).
- (19) Por el principio de la Kompetenz-Kompetenz, el Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria (nº. 370). Este principio puede ser defendido en el Derecho interno (nº. 407).
- (20) Por el principio de la autonomía sustancial de la cláusula, la nulidad del contrato principal no implica necesariamente la nulidad de aquella (nº. — 409). El principio de la autonomía conflictual del pacto compromisorio — quiere decir que el contrato principal y la cláusula compromisoria pueden estar sometidos a leyes diferentes (nº.435). Ambos principios están recogidos en el Derecho español (nº. 412 y 456), interno y Convencional respectivamente .

- (21) La cláusula compromisoria tiene un contenido necesario, que es la manifestación clara de la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral (nº. 466) con referencia a una relación jurídica contractual o extracontractual (nº. 466) y un contenido facultativo, que hace referencia a la organización del proceso arbitral (nº. 472). Este contenido facultativo tiene poca importancia en el Derecho interno (nº. 556).
- (22) La fijación del objeto en el proceso arbitral convencional se realiza mediante un compromiso, o , como es el caso más frecuente, en la demanda de arbitraje (nº. 505).
- (23) En el caso de que uno de los contratantes pusiera obstáculos a la eficacia de la cláusula compromisoria (nº. 559) en el Derecho interno o hubiese — que determinar el contenido del pacto compromisorio (nº. 600), en el Derecho Convencional, el Derecho español prevé el proceso de formalización judicial del compromiso y el sistema creado por el art. IV de la Convención de Ginebra.
- (24) El principal efecto positivo de la cláusula compromisoria es la designación del Tribunal Arbitral (nº. 618).
- (25) La cláusula compromisoria funda la excepción de arbitraje (nº. 622) en el Derecho Convencional (nº. 625 y nº. 633), pero no en el Derecho interno — actualmente vigente (nº. 649), lo cual no tiene ningún sentido (nº. 652/ a 655) y por consiguiente hay que concluir que el contrato preliminar de arbitraje funda la excepción de incompetencia de jurisdicción (nº. 656).

BIBLIOGRAFIA

- ALBADELAJO, La persona jurídica, Barcelona, 1.961 págs. 64 y ss.
- ALCALA ZAMORA, "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas - sudamericanos acerca de la acción", Estudios en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, 1.946, pág. 780.
- ALEXANDRE, La validité de la clause compromissoire et la caducité du compromis au cas de partage des arbitres en Alsace Lorraine, Rev. Arb., 78, 370.
- ALONSO OLEA, Derecho del Trabajo, Madrid, 1.980, págs. 523 y ss.
- ALSINA, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 1.943, III, págs. 805 y ss.
- ALVINO, Clausola compromissoria, compromesso e fallimento, II dir. fallim, 1.965, II, 17.
- ANDIA, La Ley española de 12.XII.53, Rev. Arb., pág. 56.
- ANDRIOLI, Comento al Codice di procedura civile, Napoli 1.947 - pág. 526 y ss.
- ANDRIOLI, La clausola compromissoria nello statuto di società Commerciale, Riv. dir. comm., 1.942, II, 36.
- ANDRIOLI, Sul preliminare di clausola compromissoria, Riv. Dir. Proc., 1.944-46, II, 88 .
- ANDRIOLI, Clausola compromissoria, ad esclusione del socio, — Giur. comple., cas. civ., 1.945, II, pág. 42.

- ARMINJON, Précis de droit international privé, 3 vols, Paris, III, n°. 344, 2^e ed. 1.952.
- ARNAUD, Un système d'arbitrage Commercial international, Rev. Arb., 68,3.
- ASSOCIAZIONE ITALIANA PER L'ARBITRATO, Conventions multilaterales et autres instruments en matière d'arbitrage, Rome 1.974.
- BALLADORE, L'arbitrage privé dans les rapports internationaux RCADI, t. s.1, 1.935,I, pág. 353.
- BARBARESCHI, Gli arbitrati, Milano, 1.937.
- BARTIN, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, Paris 1.930, I n. 217.
- BARREIRO , Análisis del Real Decreto Ley 5/1.979 de 26 de Enero. Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y del Peso y Calvo, Madrid 1.980 pág. 373 y ss.
- BATIFFOL, Droit international privé, 5^e ed., Paris, LGDJ, 1.970/71, nros. 628 y ss.
- BATIFFOL, L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb.,- 1.957 págs. 110 y ss.

- BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international/
privé, Dalloz, Paris, 1.956.
- BATIFFOL, Arbitrage international et immunités de juridis-
tion et d'exécution, Rev. Arb. 1.974, pág. 326.
- BATIFFOL, Les conflits de lois en matière de contrats, Pa-
ris, 1.938
- BENJAMIN, Etude comparée de l'Arbitrage Commercial Inter-
national comme institution en Europe et aux —
Etats Unis d'Amerique, dans, A.I.C. T.II, pág.
350 y ss.
- BENJAMIN, The European Convention on international Commer-
cial arbitration, British Yearbook of Interna-
tional Law, 1.962 pág. 478 y ss.
- BERE, L'arbitrage Commercial en America latine, Rev.-
Arb, 1979, pág. 128.
- BERNARD, L'Arbitrage volontaire en droit privé LGDJ, Bru-
selas-Paris, 1.937
- BETTI, Sulla validità della clausola compromissoria per
arbitrato estero secondo il diritto italiano, Riv
Dir. Proc. Civ. 1.927, II, 265.
- BONGIORNO, Sulla "eccezione d'incompetenza" nel processo ar-
bitrale, Riv. proc, 1.974, pág. 135.

- BOUREL, Immunités, Répertoire de droit international, —
Dalloz, Paris. 1.968.
- BREDIN, La Convention de New York du 10 juin 1.958 sur —
la reconnaissance et l'exécution des sentences —
arbitrales étrangères, clunet, 1.960, pág. 1002 y
ss.
- BRICE, Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitra-
les Convención adoptada por las Naciones Unidas/
en 1.958, Caracas, 1.962
- BRIERLEY, La validité de la clause compromissoire demeure—
t-elle incertaine en droit québécois, Rev. Arb.—
1.975, pág. 154 .
- BRISÑO, El Arbitraje Comercial Doctrina y legislación, —
Méjico 1.979.
- BROCHES, Arbitration clauses and institutional arbitration
ICSID: especial case, Arbitrage Commercial, Essais
in memoriam Eugenio Minoli, AIA, Turín, 1.974, —
pág. 57.
- BUDIN, Nature et cessibilité d'une convention d'arbitra-
ge en droit suisse, Rev. Arb. 1.979, pág. 435.
- BULOW, La Convention des parties relative à la procédure
d'arbitrage visée à l'art. V. parr. 1, litt d) de
la Convention de Nueva York, Arbitrage Commercial
Essais in memoriam Eugenio Minoli, AIA, Turín, 74
pág 81.

- CARABIBER, La inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los - Estados con respecto a la obligación asumida por una cláusula compromisoria inserta en los contratos internacionales de Derecho Privado, *International Arbitration, Liber Amicorum for M. DOMKE*, La Haye, M. Nijhoff, 1.967, págs. 23 y ss.
- CARABIBER, El Arbitraje Comercial y la reserva de orden público *Rev. Arb.*, 1.956, pág. 118 y ss.
- CARABIBER, L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers, *RCADI*, 1.950.
- CARABIBER, L'execution des sentences arbitrales internationales, *Rev. Arb.* 64,3,
- CARABIBER, L'evolution de l'arbitrage commercial international, - *RCADI*, 1.960-I-T.99. pág. 119 y ss.
- CARABIBER, L'arbitrage international de droit international privé, *LGDJ*, Paris, 1.960.
- CARABIBER, L' evolution de la jurisprudence en matière d'execution des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères, *Eranion in honorem G. Maridakis* (Edition de l'Université d'Athènes) T.III, Athènes, 1.964, pág. 3 y ss.
- CARABIBER, L'arbitrage international et le problème de l'immunité de juridiction des états et des collectivités publiques signataires d'une clause compromissoire insérée dans - un contrat de droit privé, *Rev. arb.*, 1.967, pág. 49.

- CARBONE, Clausole arbitrati, trasporti marittimi e diritto uniforme, Annali Scienze polit, Genova 1928 pág. 105.
- CARNELUTTI, Clausola compromissoria e competenza degli arbitri, Riv. Dir. Comm., 1.921, pág. 327.
- CARNELUTTI, Pactum de compromittendo?, Riv. Dir. Proc.,— 1.934, II, 97.
- CARNELUTTI, Effectti della clausola compromissoria irregolare, Riv. Dir. Proc. 1.956, II, 137.
- CARRERAS, Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje, Rev. Instituto de Derecho Comparado, — Barcelona, 1.954, pág. 104. y ss.
- CARRERAS, Contribución al estudio del arbitraje, Ensayo/ de Derecho Comparado, Estudios de Derecho Procesal (Fenech Carreras) , Bosch, Barcelona,— 1.952, pág. 443.
- CARRERAS, El Embargo de bienes, Bosch, Barcelona, 1.957/ pág. 80 y ss.
- CASTAN, Derecho civil español, común y foral, IV,X,Ed. Madrid, 1.977, pág. 27
- CASTRO, La promesa de contrato, ADC, 1.950, pág. 1133/ y ss.

- CASTRO, El Arbitraje y la nueva Ley Mercatoria, ADC, 1.979, pág. 708 y ss.
- C.C.I., Avant- projet de convention sur l'execution des -- sentences arbitrales internationales, 1.953 Brochu res, nº. 174.
- C.C.I., Commercial Arbitration and the law throughout the world, Basilea, 1.949.
- CHILLON-MERINO, Tratado de Arbitraje privado interno e internacion al, Civitas, Madrid, 1.978.
- CODOVILLA, Del compromesso e del giudizio arbitrale, 2ª ed. - Torino, 1.915, pág. 5 y ss.
- COMITE FRANCES DE ARBI TRAJE, Guia práctica del Arbitraje, Sirey, París, 1.962.
- CONTINI, International Commercial Arbitration. The United - nations Convention on the recognition and enforce- ment of foreign arbitral awards, American Journal/ of Comparative law, 1.959, pág. 283 y ss.
- CORBINO, Sul problema della opponibilità della polizza di - carioco, Trasport, 1.973, 237.
- CORTES, Derecho Procesal Civil Internacional, Ed. Revista - de Derecho Privado, Madrid, 1.981

- COSTA, Manuale di Diritto Processuale Civile, Turin, 1.965
- COURTEAULT, La validité en droit américain de la clause compromissoire insérée dans un contrat international de cession d'actions, Rev. Arb. 1.975, pág. 213.
- COURTEAULT, La compétence du juge référés, en cas d'urgence, — malgré l'existence d'une clause compromissoire, Rev. Arb., 1.980 pág. 78.
- CREMADES, España ante el Arbitraje Comercial Internacional, Estudios sobre el Arbitraje Comercial Internacional, — Centro de Estudios Comerciales, Madrid, 1.979, pág. 12.
- CREMADES, Estudios sobre Arbitraje, Pons, Madrid, 1.977:
- CREMADES, Panorámica española del arbitraje comercial internacional, Pons, Madrid, 1.975, pág. 58.
- OUTRERA, La convention compromissoire dans les accords de — coopération à formation successive, Arbitrage Commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli, AIA, Turin, 1.974, pág. 97 .
- DALSACE, Poderes del Consejo de Administración en materia de arbitraje, REv. Arb. 1.959, pág. 38.
- DANI, Ancora sulla validità della clausola arbitrale inserita in un charter-party, Dir. maritt., 1.973, pág. — 259.

- DAVID, Principios directores de la legislación en materia de arbitraje comercial internacional, Rev. Arb., - 1.969, pág. 254, y ss.
- DAVID, L'arbitrage conventionnel en droit international - privé, Etude de droit comparé, Unidroit 1.932 .
- DAVID, Le concepto d'arbitrage privé et les conventions - internationales, Etudes juridiques offertes à Leon Julliot de la Morandière, 1.964, pág. 147.
- DAVID, L'arbitrage commercial international en droit comparé, Cours de doctorat, Paris Les cours de droit, - 1.969, pág. 70.
- DEHAUSSY, Arbitrage (Droit International) Repertoire de Droit de Droit international, Dalloz, Paris, 1.968.
- DELAUME, Clauses d'eleccion de for et clauses compromissoires Evolution et gestation d'un nouveau droit americain, Journal du droit international, 1.975, pág. 486 y ss.
- DELLA FONTANA, Clausola compromissoria e nomina d'arbitri, Riv. - Dir. Proc. Civ., 1.939, II, 40.
- DERAINS, Le contenu des conventions d'arbitrage, Rev. Arb.— 1.979, pág. 12.
- DERAINS, L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit des lois intéressés au litige, Rev. Arb. 1.972, pág. 99 y ss.

- DERMINE, L'arbitrage commercial en Belgique Commentaire de la loi du 4.VII.72, Bruselas 1.975
- DEVOLVE, La renonciation à son immunité de juridiction par un Etat étranger ayant souscrit une clause compromissoire, Rev. Arb. 1.975, pág. 328.
- DEVOLVE, L'intervention du juge, Rev. Arb., 1.980, pág. — 607 y ss.
- DIEZ-PICAZZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Tecnos Madrid, 1.979.
- DIEZ-PICAZZO Y GULLON, Sistema de Derecho Civil (I yII) 2ª. Ed, Madrid — 1.978
- DIEZ-PICAZZO, El pacto compromisorio y la nueva ley de arbitraje, A.D.C., 1.954, 1158 y ss.
- DI GRAVI, Le nullità dell'arbitrato sulle clausole compromissorie e sui poteri per stipulare, Foro Trani, — 1.972, pág. 140.
- DOMKE, The law and practice of Commercial Arbitration, Mundelein, Ill, Callaghan and Co, 1.968.
- DOMKE, International Trade Arbitration; a road to a worldwide cooperation, New York, American Arbitration Association, 1.958.

- DOMKE, Arbitration between Governmental bodies and foreign — firms, Arbitration Journal 1.962, pág. 129 y ss.
- DOMKE, Liber Amicorum, La Haye, M. Nijhoff, 1.967.
- DOMKE, La Ley arbitral francesa delante de los Tribunales ame ricanos, Rev. Arb. 1.957, pág. 60.
- D'ONOFRIO, Commento al Codice di procedura civile, Torino, 1.957/II, pág. 477-480.
- DROUILLAT, L'intervention du juge dans la procedure arbitrale, — (de la clause compromissoire a la sentence) REv, Arb. 1.980, pág. 253.
- EHLERS, Le consentement á une convention d'arbitrage en droit — danois, Rev. Arb. 1978, pág. 571.
- EISEMAN, L'arbitre partie, Liber amicorum Domke, pág. 79 y ss.
- EISEMAN, La situación actual del arbitraje comercial internacio— nal entre los Estados o las entidades públicas y las per— sonas físicas o morales de Derecho Privado, Rev. Arb., — 1.975, pág. 279 y ss.
- EISEMAN, La clause d'arbitrage pathologique, Arbitrage Commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli, AIA, Turín, 1.974, — pág. 129.
- ESPIN, Manual de Derecho Civil español, Madrid, 1.974, IV Ed. — III, pág. 404 .

- EVRYGENIS, Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, RCADI, 1.966-II, T. 118, pág. — 313-433.
- FATOUROS, Compte rendu sur " Investissements étrangers — et arbitrage entre États et personnes privées — La Convention Bird du 18 Mars 1.965 " R.. Crt. 1.970, págs. 580 y ss.
- FAVARA, Effetti dell fallimento sulla clausola compromissoria, Ras Avv Stato, 1.965, I, 1975.
- FENECH, El Arbitraje, Rev. Instituto de Derecho Comparado, nº. 3, Julio-Diciembre 1.954, pág. 179-183.
- FENECH, CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal, Bosch, Barcelona, 1.962.
- FENECH, Arbitraje en las relaciones comerciales entre — empresarios de la C.E.E. y de la América Latina, REvista Jurídica Española " LA LEY", nros. 192— 193.
- FENECH, El Proceso penal, Agesa, Madrid, 1.978, pág. 19
- FENECH, Lecciones de doctorado, Curso 80-81
- FERNANDEZ SERRANO, Sobre los Arbitrajes de Derecho Privado, Rev. Jur. Cataluña, 54 (julio-agosto), págs. 327 y ss.
- FERREIRO, Los Arbitrajes de Derecho Privado, Bilbao, 1954 págs. 25 y ss.

- FLAMME, El Arbitraje entre las personas de Derecho Público y las de Derecho Privado, Rev. Arb. 1.966, págs. - 85 y ss.
- FORSSINS, La independencia de la cláusula compromisoria en - el derecho sueco, Rev. Arb. 1.955, pág. 16.
- FOUCHARD, Le respect des droit de la défense dans la procé- dure d'arbitrage, Rev. Arb. 1.973, pág. 66.
- FOUCHARD, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1.965.
- FOUCHARD, l'application restrictive de la notion d'atteinte aux droits de la défense, Rev. Arb. 1.973, pág. 158
- FOUCHARD, Nota, Rev. Arb. 1.978, pág. 462.
- FOUCHARD; Validité de la clause compromissoire dans un contrat international d'agence commercial, Rev. Arb. 1.972, pág. 67.
- FOUCHARD, Autonomía de la cláusula compromisoria, Rev. Arb. - 1.977, pág. 147.
- FOUCHARD, La clause compromissoire insérée dans un acte mixte REv. Arb. 1.971, pág. 3.
- FOUCHARD, La validité de la clause compromissoire en droit in- ternational privé soviétique eta dans la loi italien- ne , Rev. Arb. 1.971, pág. 153.

- FOUCHARD, Validité de la clause compromissoire dans un —
contrat international d'agence commerciale, Rev.
Arb. 1.972, pag. 67.
- FOUCHARD, La validité de la clause compromissoire insérée
dans un bail civil conclu par une organisation —
internationale bénéficiant de l'immunité de ju-
ridiction, Rev. Arb., 1975, pag. 252.
- FOUCHARD, La portée de l'acceptation tacite d'une clause —
compromissoire intervenue après la naissance du
litige et une demande d'expertise judiciaire, —
Rev. Arb. 1.976, pag. 34
- FOUCHARD, La validité des clauses compromissoire conclues
par les sociétés coopératives agricoles et le —
caractère facultatif du compromis, Rev. Arb., —
1.976, pag. 54.
- FOUCHARD, L'applicabilité d'une clause compromissoire —
choisissant subsidiairement comme arbitre une —
juridiction étrangère, Rev. Arb. 1.976, pag. —
250.
- FOUCHARD, Les conditions de l'acceptation de la clause —
compromissoire et de la renonciation des parties
à invoquer son éventuelle nullité, Rev. Arb., —
1.976, pag. 261
- FOUCHARD, La validité et les effets d'une clause compromi-
ssoire internationale constituant comme arbitre
une juridiction étatique étrangère, Rev. Arb., —
1.978, pag. 28,

- FOUCHARD, L'interprétation de la clause compromissoire sur les pouvoirs de désignation d'un arbitrage par le tribunal, Rev. Arb. 1.980, pág. 73.
- FOUCHARD, L'interprétation judiciaire bienveillante d'une/ clause compromissoire "pathologique", Rev. Arb., 1.980, pág. 97.
- FOUSTOUCOS, L'Arbitrage -interne et international- en droit/ privé hellénique, Librairies techniques, Paris, 1.976.
- FOUSTOUCOS, Ejecución en Grecia de las sentencias arbitrales/ extranjeras, Rev. Arb. 1.974, pág. 265.
- FRAGISTAS, La compétence internationale en droit privé, RCA DI, T.104, 1.961/III, pág. 166.
- FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international — en droit privé, Rev. Arb. 601 y ss.
- FRANDESCAKIS, Droit international privé, comparé, n°. 94, Répertoire de droit international, Dalloz, Paris, 1968
- FRANDESCAKIS, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de — l'accord compromissoire, Rev. Arb. 1.974, pág. — 67 y ss.
- FRANCHI, Le contenu nécessaire de la clause compromissoire selon le droit italien, Arbitrage Commercial/ Essais in memoriam Eugenio Minoli, A.I.A., Turin, 1.974, pág. 179.

- FUNCK-BRENTANO, Comunicación del IV Congreso de Moscú de 1.972, Rev. Arb. 1.972, págs. 448 y ss.
- FUNK-BRENTANO, L'opposabilité de la clause compromissoire liant l'appelant et l'appelé en garantie en cas de re cours et de divisibilité du litige, Rev. Arb. - 1.976, pág. 117.
- FUNCK-BRENTANO, 'L'opposabilité de la clause compromissoire en/ cas d'appel en garantie, Rev. Arb. 1.980, pág. - 489.
- GALLO, Sull' applicabilità dell' art. 1341 Cod. Civ.- alla clausola compromissoria inserita nei contra- tti d'opere stipulati dalla pubblica administra- zione, Glur. comp. cass, civ., 1.952, II, 315
- GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, 1.975, I, pág. 4 y ss.
- GIANNINI, Clausola compromissoria e arbitrato necessario, - Nuova Riv. appalti, 1.934, I, 311.
- GOLDMAN, L'existence d'une contestation sérieuse limite à - la compétence de l'arbitre pour statuer sur la va lidité de sa propre saisine, Rev. Arb. 1.976, - pág. 48.
- GOLDMAN, Arbitrage (droite internationale privé) Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, 1.968,-

- GOLDMAN, Arbitrage international et droit commun des nations - Rev. Arb. 1.956, pág. 126.
- GOLDMAN, Regles de conflit, règles d'application immédiate et/ règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, Travaux du Comité Français de droit international privé 1.966-1.969, Paris, 1.970, pág. 119.y - ss.
- GOLDMAN, Les conflicts des lois dans l'arbitrage international de droit privé, R.C.A.D.I., 1.963, T. 109.
- GONFREVILLE, Evolution de la jurisprudence française en matière d' arbitrage, Rev. Arb. 1.966, pág. 43.
- GONZALES CAMPOS, Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español, Anuario de Derecho Internacional, II, 1.975, págs. 28 y ss.
- GONZALEZ MONTES, La excepción de compromiso, Revista de Derecho Procesal Ibero Americana, 1.975, nros. 2-3, pág. 435 y ss.
- GRAVESON, Arbitration Clauses in international contracts, Melanques A Malmstrom (Etockholm), 1.972, pág. 80.
- GUASP, El Arbitraje en el Deracho español, Bosch, Barcelona,- 1.956.
- GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, I, 1.950 pág. 675.

- GUASP, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II, 1.950 pág. 1279.
- GULLON, Curso de Derecho Civil, Contratos en especial. Responsa**u**bilidad extracontractual, 1.972, pág. 141.
- HERCE QUEMADA Y GOMEZ
ORBANEJA Derecho Procesal Civil, II, Madrid, 1.975, pág. 222.
- HOLTZMANN, El ARbitraje y los Tribunales. Comunicación al VI Congreso International de Arbitraje, Méjico, 13-16 Marzo 1.978 Rev. Arb. 1.978, pág. 253.
- HORSMANS ET DERMINE, La Nueva Ley belga de arbitraje, Rev. ARb., 1.973, pág. 209.
- JENARD, ARbitrage Commercial International, III, pág. 370.
- KITAWA, Contractual Autonomy in International Commercial Arbitration including a Japanese Perspective, Liber Amicorum - for M.DOMKE, La Haya.
- KLEIN, Conclusiones, I, Congreso International de Arbitraje, París, Rev. Arb. 1.961, pág. 48-74.
- KLEIN, La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrnagères, Recueil/ Egawa, Tokio, 1.961, pág. 57 y ss.
- KLEIN, La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, R. Crit. 1.962, pág. 621 y ss.

- KLEIN, Considerations sur l'arbitrage en droit international privé, Bâle, 1.955.
- KLEIN, Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage, R. Crit. pag. 499 y ss.
- KOPELMANAS; La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres, Hommage à Frederic Eisemann, Paris 1.978, — pag. 23.
- KOPPELMANAS; La place de la convention européenne sur l'arbitrage — commercial international dans l'évolution du droit international de l'arbitrage Annuaire Français de Droit/International, 1.961, pag. 331 y ss.
- KOVAR, Inversiones extranjeras y arbitraje entre Estados y — personas privadas, Paris, Pédone, 1.969, págs. 25 y ss
- KRAFFT, La Convención europea sobre inmunidad de los Estados y su Protocolo adicional, Anuario Suizo de Derecho Inter_nacional 1.975, págs. 11 y ss.
- LANGLE, Manual de Derecho Mercantil Español, I, Barcelona, 1950 versión 1.968, pag. 43
- LASALA, Sistema español de Derecho Civil internacional e inter-regional, Madrid, 1.933, págs. 347-348.
- LEVEL, L'arbitrage Jurisclasseur de Proce. Civ. art. 1.003- — 1.028, Fasc.III, Paris 1.963.

- LEVEL, Definition ét sources del'arbitrage international; Conflits de lois: Convention d'arbitrage, Jurisclasseur de droit internat, 9, 1.970, pág. 585
- LIPARI, Considerazioni sul tema degli arbitrati e degli arbi—
traggi; Messina, 1.933, pág. 96 y ss.
- LOMBARDI, La clausola compromissoria nei testamenti, Rolandino,—
1.925, pág. 305.
- LOPEZ ORTIZ, Los contratos procesales RGLEJ, 1.954, (separata) .
- LOQUIN, La renonciation a la clause compromissoire par la saisi—
ne des juges de droit commun, Rev. Arb. 1.976, pág. 189
- LOQUIN, La caducité de la clause compromissoire valant compromi
après le décès de l'arbitre, Rev. Arb. 1.974, pág. 102 .
- LOUIS-LUCAS , Portée de la distinction entre droit privé interna et
droit international privé, Clunet, 1.962, pág. 858 y ss.
- LUZZATTO, Le convenzioni internazionali in tema di arbitrato e —
il diritto italiano, Riv. Dir. Proce. 1.973, pág. 214.
- MANGARD, El Arbitraje y el sistema judicial, Estudios sobre el —
Arbitraje Comercial Iternacional, Centro de Estudios Co—
merciales, Madrid, 1.979, págs. 200 y ss.
- MARMO; La Convenzione di New York sul riconoscimato delle sen—
tence arbitrali, R.D.I. 1.959, págs. 33 y ss.

- MENDOZA, El Contrato preliminar de arbitraje, Temis, nº. 5 195, págs. 169.
- MEZGER, Kompetenz-Kompetenz, de los árbitros, Arbitraje Co^mmercial Ensayos in memoriam Eugenio Minoli, A.I.A. Turín, 1.974, pág. 321.
- MEZGER, Sobre el consentimiento en materia "d'electio iu^ris" y de la cláusula compromisoria R.Cr. 1.971, = págs. 37-61
- MEZGER, De l'autonomie de la clause compromissoire et de la competence -competence de l'arbitre et d'autres pro^bblèmes fondamentaux de l'arbitrage dans la plus re^ccente jurisprudence allemande, Rev. Arb. 1.978, — págs. 548, y ss.
- MEZGER, La jurisprudence française relative aux sentences - arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international/ de droit privé, Melanges Maury, T.I., París, 1.960 págs. 273 y ss.
- MEZGER, Vers. la consécration aux Etats Unis del'autonomie/ de la clause compromissoire dans l'arbitrage interⁿational, Rev. CRit. 1.968, 254 y ss.
- MIAJA DE LA MUELA, Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras, Rev. Española de - Derecho Internacional, XXII/1 1.969, 9-41.

- MIAJA DE LA MUELA , Derecho Internacional Privado, II, 6ª. Ed., Madrid 1.974, pág. 480.
- MINOLI, New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, unification of law, Yearbook 1.958, págs. 156 y ss.
- MONACO, Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés Européennes, Arbitrage Commercial Essa is memoriam Eugenio Minoli, A.I.A, Turín, 1.974, - págs. 347.
- MONEDERO, Doctrina del Contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.977, pág. 400 y ss.
- MOREAU, L'opposabilité de la clause compromissoire en cas/ d'action sociale exercée ut singuli, Rev. Arb., — 1.980, pág. 741.
- MOREAU, Nullité de la clause compromissoire et validité du compromis, Rev. Arb. 1.979, pág. 352.
- MORO, El Precontrato; Notas para un estudio, Revis. crit de Derecho Inmobiliario, 1.934, pág. 568.
- MORTARA, Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile, 3ª. ed., II, Milán, pág. 553.
- MOTTA, Clausola compromissoria e questioni di separazioni fra coniugi, Giur. Compl. cass. civ. 1.954, V, pág. 299.

- MOTULSKY, Tendances et perspectives del 'arbitrage international, Revue internationale de droit comparé, - 1.957, pág. 717.
- MOTULSKY, L'internationalisation du droit français del'arbitrage, Rev. Arb. 1.963, pág. 110.
- MOTULSKY, El Arbitraje Comercial y las Personas de Derecho/ Público, Rev. Arb. 1.956, págs. 38 y ss.
- MOTULSKY, El respeto de la cláusula compromisoria, Rev. Arb. 1.955, pág. 13.
- MURO DE LA VEGA, La clause compromissoire en droit español, Rev. - Arb., 1.961, pág. 227 y ss.
- NACIONES UNIDAS, Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de - Noviembre de 1.976.
- NANOWSKI, El Arbitraje Comercial internacional en Polonia;- Rev. Arb, 1.966, pág. 78
- NAPPI, Volonté delle parti e giudizio arbitrale secondo -- equità, Mon.,. Trib., 1949, pág 189.
- OGAYAR, Comentarios al Código Civil y Compelaciones Forales Madrid, 1.979, Tomo XXII, V.2., arts. 1809 a 1821 - y Ley de Arbitraje págs. 91 y ss.
- OGAYAR, Problemas del Arbitraje, Anales, R.A. de Jurispr. y legisl. nº. 6.1978.

- OGAYAR, Recursos contra el laudo arbitral R.G.L.J., Febrero 1.958, págs. 153 y ss.
- OGAYAR, El contrato de compromiso y la institución arbitral Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.977.
- OLIVARES, Tratado en forma de Código del Derecho internacional en sus relaciones con el civil, mercantil, penal y de procedimientos, Madrid, 2ª. Ed., 1.896, pág. 149 y págs. 159-62
- OMAR Y SELPI, La cláusula de amigable composición, Revista de Derecho Privado, 1.946, págs. 273 y ss.
- OPPETIT, Nota, Clunet 1.972, pág. 62 y pág. 843.
- ORTIZ, Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de la economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de Mayo de 1.972, Revista de Instituciones europeas, 1.979, págs. 503 y ss.
- PACCHIONI, In tema di clausola compromissoria, Giur. it. 1942, I, 2, 67.
- PELAEZ DEL ROSAL, La Competencia territorial en el proceso civil, Barcelona, 1.974.
- PEREZ GORDO, El recurso de nulidad contra el laudo arbitral, l. — Gen. D., Valencia, Dic, 1.972, año XIX, nº. 339, págs 1125 y ss.

- PERILLEUX, Propos relatifs a l'autonomie de la clause compromi—
ssaire, Revue de Droit international et de droit com—
pare, 1.978, págs. 185 y ss.
- DE LA PLAZA, Derecho Procesal Civil Español, II, 2ª. parte, 3ª. —
ed., Madrid, 1.955, págs. 517-518
- POLO, Jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo, Revista
de Derecho Privado, 1.944, pág. 663.
- PRIETO CASTRO, El Arbitraje según la legislación y la jurisprudencia
española, Estudios y Comentarios para la teoría y la/
práctica procesal civil, II, Reus, Madrid, 1.950 págs.
435 y ss.
- PRIETO-CASTRO, Vigencia del art. 2177 LEC, sobre nombramiento de ami—
gables componedores en litigios de sociedades, Estu—
dios y Comentarios para la práctica procesal civil, II,
Reus, Madrid, 1.950, pág. 484.
- PRIETO-CASTRO, Una nueva regulación del arbitraje, R.D.P. 1.954.
- PUCCI, Clausola compromissoria nel regolamento condominiale/
Mon, Trib., 1.951, pág. 218.
- RAMIREZ-LOPEZ, El Arbitraje del Derecho Privado en España, Libro Ho—
menaje de Roca Sastre, 1.976.
- RAMOS, Derecho Procesal Civil, Bosh, Barcelona, 1.980.
- RECCHIA, Osservazioni sull'unificazione e sull'armonizzazione —
della normativa convenzionale in tema di Arbitrato, —
Estratto de Archivio Giuridico, V. CLXXXVI -fascicolo —
1-2, 1.974.

- RECCHIA, Le clausole compromissorie per Arbitrato estero ne
gli Stati Uniti in tema di adeguamento alla Conven-
zione di New York, Estratto de Rassegna dell'Arbi-
trato, 1.971, n°. 3, págs. 125-144.
- RECCHIA, An Italian approach to international Conventions -
on Arbitration, Essais in memoriam Eugenio Minoli,
AIA, Turín, 1.974.
- REDENTI, El Compromiso y la cláusula compromisoria E.J.E.A.
Buenos Aires, 1.961.
- REMIRO BROTONS, Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras, Ed
itoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1.980.
- RIDEAU, L'Arbitrage international (public et commercial) -
Paris, 1.969.
- RIQUELME, Elementos de Derecho Público Internacional, I, Madrid,
1849, pág. 415.
- RIVERO, Arbitraje y Personas morales de Derecho Público , -
Rev. Arb. 1.973, pág. 263 y ss.
- ROBERT, De la place de la loi dans l'arbitrage, Mélanges Dom
ke, Sythoff éd á Ley de 1.967.
- ROBERT, La Convention européenne sur l'arbitrage commercial
international signée a Genève le 21 Avril 1.961, Da-
lloz, 1.961, págs. 173 y ss.

- ROBERT, *Traité de l'Arbitrage Civil et Commercial*, 5^e. Ed., Dalloz, Paris, 1.972.
- ROBERT, *La Convention de New York du 10 Juin 1.958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, *Rev. Arb.* 58, pág. 70 y ss.
- ROCA, *Estudios de Derecho Privado*, I, 321.
- ROCA, *Pacto compromisorio*, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1.956-1957, pág. 183.
- ROCCO, *Principio de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.931, págs. 136 y ss.
- RODRIGUEZ-VALCARCE, *El Arbitraje Privado*, *Rev. D. Procesal*, 1.954, págs. 179 y ss. (separata).
- RODRIGUEZ, *Amigables componedores*, *R.D.P.*, 1.916, págs. 38 y ss.
- ROUSSEI, *Les clauses attributives de competence*, Lille, 1.933.
- RUBELLIN-DEVICHI, *La licéité de la conciliation a l'appel incluse dans une clause compromissoire*, *Rev. Arb.* 1.978, pág. — 379.
- RUBELLIN-DEVICHI, *Natura jurídica de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 1.966
- RUBELLIN-DEVICHI, *Prueba de la clausula compromisoria*, *Rev. Arb.* 1.972 pág. 133.

- RUBELLIN-DEVICHI, Le sort de la clause compromissoire dans laquelle figure le nom de l'arbitre qui refuse cette fonction, Rev. Arb. 1.975 , pág. 298.
- RUBELLIN-DEVICHI, La validité de la clause compromissoire stipulée/ dans un contrat de cession d'action Rev. Arb., — 1.979, pág. 221.
- RUBIO, Introducción al Derecho Mercantil, Madrid, 1.969, — págs. 28 y ss.
- RUSSELL, The law of Arbitration, 18 Ed., by Anthony Walton, Stevens and sons limited, London 1.970.
- SANCHEZ VELASCO, Contrato de promesa y promesa de contrato, An. — Acad. Matritense del Notariado, VI, Madrid, 1.952 pág. 451 y ss.
- SANDERS, L'intervention du juge dans la procédure arbitral REv. Arb. 1.980 pág. 238 .
- SANDERS, Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en los Países Bajos, Rev. Arb. 1.959, pág. 45.
- SANDERS, L'autonomie de la clause compromissoire, Hommage/ à Frederic Eisemann, Paris, 1.978, pág. 31.
- SANDERS, Arbitrage International Commercial, U.I.A, la Haya, — 1.956, (3 vols).

- SANDERS, La Convention de New York, Arbitrage International Commercial, II, La Haya, 1.960, págs. 292 y ss.
- SAREIKA, La cláusula compromisoria y el art. 68 CPC de Quebec, Rev. Arb. 1.977, pág. 250.
- SATTA, Contributo alla teoria dell 'arbitrato, Milán, 1.931
- SATTA, Diritto processuale civile, Padua, 1.957.
- SATTA, Declinatoria di competenza arbitrale e competenza del indice ordinario, Arbitr. appalti, 1.970, pág. 365.
- SAUSER-HALL, L'arbitrage en droit international privé, Annuaire de l' Institut de droit international, 1.952, T.I, pág. 469-613.
- SCHIZZEROTTO, Dell'arbitrato, Milano, 1.958
- SCHIMITTHOFF², Defective Arbitration clauses, International Commercial Arbitration, III, pág. 45.
- SCHIMITTHOFF, International Commercial Arbitration, Londres/Dobbs - Ferry, N.Y. 1.974-75.
- SCHWARTZ; La forme écrite de l'artII, 11.2 de la Convention de/ New York; Schweizerische Juristen Zeitung, 1.968, pág. 49.
- SERRA, Naturaleza jurídica del arbitraje, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1.969, págs. 521 y ss.

- SERRA , El Proceso Arbitral, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1.969, pág. 587.
- SICARD, Manuel de l'expertise et de l'arbitrage, IX Ed., Paris,— 1.961, págs. 30-61
- SILVA MELERO, El Compromiso, R.F.L.J., 1.936, págs. 436 y ss.
- SIORAT, Les limitations apportées à la souveraineté des Etats par/ la Convention pour le règlement des différends relatifs - aux investissements privés internationaux. En " Investi- ssements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes/ privés"., Paris, Pédone, 1.969, págs. 59 y ss.
- STORME, El Arbitraje entre personas de Derecho Público y personas de Derecho Privado, Rev.Arb., 1.978, págs. 113 y ss.
- TOMASI, L'arbitrage en Allemagne, Rev. Arb. 1.962, pág. 78.
- TRIAS DE BES, Derecho Internacional Privado, Sistema de Derecho español positivo, 2ª. ed. Barcelona, 1.940, págs. 160 y ss.
- URIARTE, Aspectos predominantemente notariales de los Arbitrajes - de Derecho Privado, Revista de Derecho Notarial, Julio-Di- ciembre 1.956, págs. 267 y 268.
- VECCHIONE, Clausola compromissoria apparente e nomina dell'unico ar- bitrato nel dissenso delle parti, Glur, 1.954, I, 1,797.
- VECCHIONE, L'arbitrato nel sistema del processo civile, Nápoles, — 1.953.

- VEDEL, El Problema del arbitraje entre gobiernos y personas de Derecho Público y personas de Derecho Privado, Rev. Arb. 1.961, págs. 116 y ss.
- VERPLAETSE, Dererecho Internacional Privado, Madrid, 1.954, pág.—650.
- VIAATTE, L'inefficacité d'une clause compromissoire lorsque le/délai de désignation des arbitres est expiré ou lorsqu'un litige indivisible intéresse un tiers co-défendeur, Rev. Arb. 1.978, pág. 527.
- VOCINO, Schema, di una teoria della clausola compromissoria, Foro, ita., 1.932, pág. 1061.
- WEIL, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier RCADI, 1.969, III, T, 128, págs. 95-240.
- WEILL, Les sentences arbitrales en droit international privé,—Paris, 1.906.
- WIEINREB, Arbitration clauses in Multilateral International Agreements, Journal of Business Law, 1.975, pág. 287.
- WIEDERKHER, La Convención europea sobre inmunidad de los Estados de 16 de Mayo de 1.972, Anuario francés de Derecho Internacional, 1.974, págs. 924, y ss.

ITALIANA

- CASACION, 21.XII.46 , n 1932 "Rep. Foro ital"; 1.946, 80 voz. Arbitramento n 15.
- CASACION, 17 IX 47. , "Rep. Foro it." 1.947 112 voz Arbitramento
- CASACION, 19. I.48 , n. 75. " Giurisp. ital", 1.948,I,1, 153.
- CASACION, 13.IV.48 , n. 563 " Rep. Foro it." 1.948, 106 voz. Arbitramientos nros. 14-17
- CASACION, 7. V. 48 , n. 665, " Gir. Opere Pubbl.", 1.948,I,102.
- CASACION, 23.VI.48 , "Riv. Dir. Comm", 1.942,II, 36
- CASACION, 8.VII.48,n. 1.094, " Rep. Foro it.". 1.949, 122, voz Arbitramento/ n. 34.
- CASACION, 5.VIII,48, n. 1384, "Mass giurispr. ital., 1.949, 329.
- CASACION, 14.I.49, n. 10. " Giur. Completa Cass. Civ", 1.949,I,55
- CASACION, 7.III.49, n. 438, " Rep. Foro it". 1.949, 122 voz Arbitramento, — nros. 23 y 24.
- CASACION, 9.VII,49 n. 1749, "Rep. Foro it", 1.949, 122 voz Arbitramento, nro. 34.
- CASACION , 20.VIII.49, n. 2369, "Giur. Compl. Cass Civ. ", 1.949,III,1122
- CASACION, 9.XII.49, n. 2564, "Rep. Foro it", 1.949,122. voz Arbitramento — n. 27,
- CASACION, 24.II.50, n. 435, " Mass Foro It. 1.950, 95.
- CASACION, 29.III.50, n. 835, " Mas Foro it." 1.950, 180.
- CASACION, 20.IV.50, n. 1.046, " Giur. Comple Cass. Civ.", 1.950,II, 403.
- CASACION, 27.IV.50, n. 1125, " Foro it", 1.950,I, 756.
- CASACION, 29.IV.50, n. 1153, " Mas giurispr it". 1.950, 292.
- CASACION, 26.VIII.50, n. 2543 " Rep. foro it." 1.950, 33 voz Africa italiana, n. 171.
- CASACION, 20.II.51, n. 419, " Giur. Comple. Cass Civ." 1.951,I,563 .
- CASACION, 30.III.51, n. 751, " Rep. foro it. ", 1.951, 143, voz Arbitramento, n. 21.
- CASACION, 31.III.51, n. 763 "Rep. Foro it". 1.951, 143 voz Arbitramento n. 22"
- CASACION, 27.IV.51, n. 1030,"Rep. Foro it", 1.951, 145, voz Arbitrameto nros.- 46, 47.

- CASACION, 30.VI.51, n. 1747, "Giur. compl. Cass. Civ", 1.951, III, 460.
- CASACION, 31.VII.51, n. 2279, "Rep. Foro it", 1.951, 143. voz Arbitramento nros. 23 y 24.
- CASACION, 6.VIII.51, n. 1395, " Mas Foro it", 1.951, 572.
- CASACION, 8.VIII.51, n. 2462, " Giur. ital. 1.952, I, 1, 348,
- CASACION, 30. X .51, n. 2658, " Giur. Compl. Cass. Civ"., 1.952, I, 119
- CASACION, 18. I. .52, n. 147, " Rep. Foro it" 1.952, voz Arbitramento, n. 41.
- CASACION, 29.IV.52, n. 1180, "Rep. Foro it.". 1.952, 162 voz ARbitramento , nros. 78-79
- CASACION, 13. V.52, n. 1360, "Giur. Compl. Cass. Civ.," 1.952, III, — 314.
- CASACION, 15.V.52, n. 1389, "Rep. Giur. ital." ,1.953, 143, voz Arbitrato n. 57.
- CASACION, 5.VI.52, n. 1614, " Rep. Foro it. 1.952, 159 voz Arbitramento, n. 39.
- CASACION, 19.VI.52, n. 1808, " Giur. Compl. Cass. Civ.", 1.952, III, — 314.
- CASACION, 25.VII.52, n. 2336, " Rep. Foro it. ", 1.952, 160, voz Arbitramento, n. 46.
- CASACION, 31.VII.52, n. 2445, " Rep. Foro it.", 1.952, 162, voz Arbitramiento, n. 73.
- CASACION, 20.XII.52, n. 3251, " Riv. Giur. Lav", 1.953, II, 93.
- CASACION, 31. I. 53, n. 278, " Rep. Foro it." 1.953, 170, voz Arbitramento, n. 65.
- CASACION, 3. III.53. n. 518, " Foro it.", 1.953, I, 477.
- CASACION, 9. IV. 53, n. 909, " Giust. civ. ", 1.953, 1175,
- CASACION, 15.IV. 53, n. 997, " Giur. Compl. Cass. Civ", 1.953, IV, 188.
- CASACION, 18.IV.53, n. 1040, " giust. civ. " 1.953, 1286. +
- CASACION, 6. V.53, n. 1242, " Foro. it. " 1.954, I, 19.
- CASACION, 11.VII.53, n. 2258, " Riv. Trib. loc"., 1.953, 294.

- CASACION, 16.VII.53, n. 2329 "Giurisp. ital". 1.954, I, 1 1103.
- CASACION, 8. IX.53, n. 2987, "Rep. Foro it", 1.953, 170, voz Arbitramento - n. 63.
- CASACION, 30.IX.53, n. 3113, "Rep. Foro. it", 584, voz Contratti agrari, — nros. 262-263.
- CASACION, 3. X. 53, n. 3159, "Giurisp. ital. 1.955, I, 1, 160
- CASACION, 16.X.53, n. 3386, "Rep. Foro ital", 1.953, 168, voz Arbitramento, n. 28.
- CASACION, 23.II.54, n. 522, "Mass Giurisp. ital". 1.954, 562.
- CASACION, 5.III.54, n. 638, "Mass Giurisp. ital". 1.954, 150.
- CASACION, 7.IV.54, n. 1076, "Mass Giurisp. ital". 1.954, 248,
- CASACION, 26.V.54, n. 1699, "Mass Giurisp. it. ". 1.954, 388
- CASACION, 29.V.54, n. 1789, "Mass Giurisp. it. ", 1.954, 101.
- CASACION, 15.VI.54, n. 2017, "Mass Giurisp. it. ". 1.954, 449.
- CASACION, 11.VIII.54, n. 2939, "Mass Giurisp. it. " 1.954, 652.
- CASACION, 12.VIII.54, n. 2942, "Foro Pad. ", 1.955, I, 1, 434.
- CASACION, 24.IX.54, n. 3101, "Foro Pad. ", 1.955, I, 1.032.
- CASACION, 19.X. 54. n. 3896, "Mass Foro it. " 1.954, 777
- CASACION, 22.X. 54. n. 4000, "Giust . Civ. " 1.954, 2710.
- CASACION, 29.X.54. n. 4188, "Giust . Civ. " 1.954, 2710.
- CASACION, 14.IV.55., n. 1029, "Mass Giurisp. ital." 1.955, 241.
- CASACION, 9.V. 55, n. 1324, "Mass Foro it. " 1.955, 284.
- CASACION, 25.V, 55, n. 1554, "Mass Giurisp. ital." 1.955, 382.
- CASACION, 27.V.55, n. 1613, "Mass Giurisp. ital." 1.955, 396.
- CASACION, 30.VII.55, n. 2475, "Mass Giurisp. ital." 1.955, 401.
- CASACION, 28.IX.55, n. 3151, "Foro Pad." 1.955, I, 807.
- CASACION, 30.IX.55, n. 2697, "Mass foro it." 1.955, 581.
- CASACION, 14.X .55, n. 3141, "Mass Foro it." 1.955, 680.
- CASACION, 12.I.56, n. 16, "Mass Giurisp. ital". 1.956, 4.
- CASACION, 12.I.56, n. 27, "Mass Giurisp. ital". 1.956, 6.
- CASACION, 15.I.56, n. 30, "Giust Civ." 1.956, 209.

- CASACION, 16.II.56, n. 458, " Mass Giurisp. ital", 1.956, 96
- CASACION, 29.III.56, n.912, " Mass Giurisp. ita. ", 280
- CASACION, 19. IV.56, n.1166, " Mass Giurisp. ital. " 1.956, 251.
- CASACION, 25. V. 56, n.1789, " Mass Giust. Civ." 1.956, 602.
- CASACION, 18.IX. 56, n.3225, " Corti Bari Lecce e Potenza", 1,958,I,204.
- CASACION, 14. V. 57, n.1712, " Mass Giurisp ital."1.957, 321.
- CASACION, 18.VII.57, n. 2998," Giust. Civ., 1.958,I, 525.
- CASACION, 16.IV .58, n. 1249," Giust. Civ." 1.958,I,1295.
- APELACION, 18.III.47 "Foro Pad. " 1.947,II,26
- APELACION, 2.V . 47 "Foro Sicil" 1.947, 148.
- APELACION, 27.V.47, "Foro it." 1.948,I, 778
- APELACION, 11.II.48, "Rep. Foro it", 1.948, 106 voz Arbitramento n. 23
- APELACION, 6.IV.48, "Rep. Foro it", 1.949, 128 voz Arbitramento nros. 115, 116.
- APELACION, 17.V. 48, "Tem1", 1.948, 632.
- APELACION, 27.VIII.48, "Tem1", 1.948, 638.
- APELACION, 15.II. 49, " Rep. Foro it." 1.949, 125 voz Arbitramento, n. 71
- APELACION, 15.II, 49, " Foro Pad. " 1.949,I, 243 (fénova).
- APELACION, 14.IV. 49, "Mon Trib." 1.949, 325.
- APELACION, 20.IV.49, "Foro Sicil". 1.949, 74.
- APELACION, 12. V.49, "Mon Trib. " 1.949, 276.
- APELACION, 11.VI.49, "Foro it. " , 1.950, I, 235.
- APELACION, 21.VII.49, " Rep. Foro it ", 1.950, 139 voz Arbitramento, n.84
- APELACION, 4.IV.50, " Foro it., " 1.951,I,1302.
- APELACION, 31.X.50, "Giurisp. ital." 1.951,I, 2, 615.
- APELACION, 7.XI.50, "Foro Pad." 1.950,II, 93
- APELACION, 4. I.51, "Giust. Civ."1.951, 494.
- APELACION, 15. I.51, "Giurispr. ital " 1.952,I,2, 40.
- APELACION, 14. I.52, "Glur. Tosc", 1.952, 315.
- APELACION, 24. I.52, "Tem1 Genov", 1.952, 147.
- APELACION, 1.II.52, "Foro Pad. " 1.952,II,119.

- APELACION, 5.II.52, "Foro it". 1.952,I,1017.
- APELACION, 1.III.52, "Tem1 Rom", 1.952,93.
- APELACION, 25.VI.52, "Foro Pad", 1.953,I,537.
- APELACION, 19.VII.52, "Giust Civ", 1.953, 933.
- APELACION, 28.VIII.52, "Foro it.", 1.952 ,138.
- APELACION, 21.XI.52, "Foro Pad.", 1.953,I,86.
- APELACION, 31.XII.52, "Tem1 " 1.953, 553.
- APELACION, 12.I.53, "Foro Pad." 1.953,II, 14
- APELACION, 18.II.53, "Rep. Foro It." 1.953, 175, voz Arbitrato irrituale, n.7
- APELACION, 29.IV.53, "Corti Bari, Lecce e Potenza, 1.953, 482.
- APELACION, 15.V.53, "Giur. Tosc", 1.953, 273.
- APELACION, 22.V.53, "Giur. Tosc", 1.953, 341.
- APELACION, 22.V.53, "Rep: Foro it." 1.953, 171 voz Arbitramento, n. 83
- APELACION, 23.VI.53, "Foro ital." 1.953 ,I, 1157
- APELACION, 11.XI.53, "Corti Bari, Lecce e Potenza", 1.954, 30.
- APELACION, 8.I.54, "Tem1 Gen.", 1.954, 64.
- APELACION, 16.IV.54, "Giurispr. Ital. 1.954,I,2, 780.
- APELACION, 16.IV.54, "Giurispr. Ital. 1.954,I,2,479 (Milán).
- APELACION, 22.VII.54, "Giur. Tosc." 1.954- 555.
- APELACION, 10.VI.55, "Giust. Civ., Mass App", 1.955, 32.
- APELACION, 10.VI.55, "Giust. Civ., Mass Appello Bologna", 1,955, 23
- APELACION, 7.XI.55, "Riv. Dir. Proc. " 1.956,II, 122.
- APELACION , 8.XI.56, "Rep. Foro it", 1.957, voz Arbitrato n. 93.
- APELACION, 11. I.57, "Rep. Foro it", 1.957, voz Arbitrato, n. 89.
- APELACION, 11. I.57, "Repa. Glurispr. ital." 1.957, voz Arbitrato, n. 99(Roma)
- APELACION, 12. I.57, "Rep. Glurispr. ital." 1.957,I,voz Arbitrato, nros. 35-36
- APELACION, 29. I.57, "Rep. Glurispr. ital" 1.957,voz Arbitrato, nros. 72-73.
- TRIBUNAL, 24.VII.46, "Foro it", 1.946,I, 702.
- TIRBUNAL, 5.II. 47, "Foro Pad", 1.947, 339
- TRIBUNAL, 29.VI.48 , "Gjurispr. ital",I,2, 163.

TRIBUNAL, 14.IX.48, " Riv. Dir. Comm", 1.948,II,384.
 TRIBUNAL, 1.IV.49, " Mon. Trib. " 1.949, 297.
 TRIBUNAL, 15.VII.49, "Foro it. " 1.949, 1018
 TRIBUNAL, 19.XII.49, "Foro Pad." 1.950,I,299
 TRIBUNAL, 1.VIII.50, "Dir. Fall" 1.950,II,266
 TRIBUNAL, 20. V. 52, "Foro it", 1.952,I, 309.
 TRIBUNAL, 21.XI.52, "Foro Pad. " 1.953,I, 86.
 TRIBUNAL, 8. I.53, "Rep. Foro it", 1.953,170, voz Arbitramento, n. 65
 TRIBUNAL, 3.III.53, "Temi Rom", 1.953, 73
 TRIBUNAL, 13.VII.53, "Foro Napol", 1.953, 56
 TRIBUNAL, 23.VII.53, "Foro ital", 1.953, 1386
 TRIBUNAL, 16.XI.53, "Dir. Fall", 1.954,II, 534
 TRIBUNAL, 10.IV.54, "Riv.Dir.Proc", 1.956,II, 137
 TRIBUNAL, 2.V. 55, "Glur. it.", 1.955,I,2,1067
 TRIBUNAL, 12.VIII.55, "Glur. Tosc", 1.956, 194.
 TRIBUNAL, 27.II.56, "Riv. Dir. Proc", 1.957, 459.
 COLL ARB., 28.XII.48, "Riv. Trib. Loc" 1.949, 121
 COLL ARB., 5.X. 49, "Foro it." 1.949, 1249.
 COLL ARB., 16.XI. 50, "Riv. Trib. Loc", 1.950, 216
 COLL ARB., 23. V. 52, "Rep. Foro it.", 1.953, 169, voz Arbitramento, n. 53
 COLL ARB., 7.III.58, "Rep. Foro it.", 1.953, 171, voz Arbitramento, n. 71

F R A N C E S A

(Vedise Revue de l'ARBITRAGE)

15.VI.53	55.2, 20
7 . I.54	55.1, 25
22. I.54	55.1, 18
9.II.54	55.1, 21
17.II.54	55.4, 93
24.III.54	55.4, 95
11. X .54	55.3, 58
7.XII.54	55.2, 31
25.III.55	56.1, 29
7.VI .55	57.3, 91
8.VII.55	56.1, 50
9.XII.55	55.4, 101
6.III.56	57.1, 24
19.III.56	56.2, 60
6.VI.56	56.4, 139
21.VI.56	56.4, 132
29.VI,56	56.3, 98
17.X.56	56.4, 142
22.I.57	57.4, 132
22.I.57	56.4, 134
14.III.57	57.2, 64
10. IV.57	57.1, 16
3. V.57	57.4, 132
4. VI.57	57.4, 133
17.VI.57	57.3, 106
20.VI.57	57.3, 89
1.VII.57	57.4, 134
4,VII.57	57.3, 93
13.XII,57	58, 20
19.XII.57	57.4, 133

17.I.58	58,49
22.I.58	58,17
29.I.58	58,122
20.II.58	58,23
18.III.58	58,130
19.IV.58	58,130
23.IV.58	59,85
12.V.58	58,96
19.V.58	58,68
22.V.58	58,57
10.VII.58	59,49,
7.X.58	59,14
26.II.59	59,87
5.V.59	60,28
12.V.59	59,49
14.V.59	59,119
13.VI.59	148,18
20.X.59	59,122
11.XII.59	60,25
4. I.60	60,122
11.I.60	60,45
10.II.60	60,99
8.III.60	60,129
24.III.60	60,50
2.VI.60	60,133
20.XII.60	61,15
21,II.61	61,18
23,II.61	61,25
27.II.61	62,111
7.III.61	61,234

15.V.61	61, 188
9.VI.61	61, 186
12.VI.61	63, 17
17.X.61	61, 233
30.X.61	61, 237
24.I.62	62, 19
17.X.61	62, 42
9.III.62	62, 51
27.III.62	61, 45
30.III.62	62, 62
25.V.62	62, 103
14.VI.62	62, 107
5.XI.62	63, 58
9.I.63	63, 71
30.I.63	63, 91
31.I.63	63, 25
14.III.63	63, 98
7.V.63	63, 60
7.V.63	68, 138 (Paris)
13.VI.63	63, 125
1.VII.63	63, 123
21.II.64	64, 55
6.III.64	64, 92
13.III.64	64, 46
14.IV.64	64, 82
30.IV.64	64, 89
8.VII.64	64, 122
16.VII.64	64, 125
10.XI.64	65, 50,
10.XI.64	65, 53 (Paris)

2.XII.64	65, 13
2.XII.64	65, 17 (Osación)
22.II.65	65, 23
24.II.65	65, 140
11.III.65	65, 57
21.X.65	65, 146
21.X.65	66, 19 (Rouen)
4.II.66	66, 27
15.II.66	66, 109
15.III.66	66, 100
2.V.66	66, 99
25.XI.66	67, 11
27.XI.66	67, 9
17.I.67	67, 9
21.I.67	67, 13
30.I.67	67, 92
31.I.67	67, 16
21.IV.67	67, 70
10.V.67	68, 25
12.V.67	67, 95
25.V.67	67, 93
29.VI.67	71, 10
13.XI.67	67, 116
15.XII.67	67, 118
7.III.68	68, 161
4.IV.68	68, 19
18.IV.68	68, 64
22.V.68	68, 158
24.VI.68	68, 112
27.VI.68	68, 108

4.XI.68	69,31
12.XI.68	69,59
25.XI.68	68,143
29.XI.68	68,149
8.I.69	69,84
10.II.69	69,86
7.III.69	71,14
17.III.69	69,90
24.IV.69	69,103
20.VI.69	69,95
14.II.70	70,148
18.II.70	71,17
6.IV.70	70,161
5.VI.70	70,128
19.VI.70	72,67
9.X.70	70,166
8.XII.70	71,19
13.I.71	73,68
6.V.71	72,58
18.V.71	72,2
18.V.71	72,60
7.VII.71	72,12
11.X.71	73,17
6.XI.71	75,163
20.XII.71	72,122
11.I.72	72,49
20.I.72	74,106
25.I.72	72,158
26.I.72	73,193
9.III.72	72,133
20.IV.72	73,84

14.V.72	75, 252
16.V.72	72, 62
8.VI.72	73, 38
8.VII.72	72, 65
4.VII.72	74, 89
25.IX.72	72, 164
30.XI.72	73, 91
8.XII.72	75, 176
15.XII.72	73, 98
15.XII.72	73, 170 (Rouen)
26.I.73	74, 290
16.III.73	73, 179
11.V.73	73, 189
23.V.73	74, 102
4.XII.73	74, 301
21.II.74	75, 312
13.III.74	76, 48
22.III.74	76, 31
1.IV.74	75, 298
24.V.74	75, 246
18VI.74	75, 179
9.VII.74	76, 107
12.VII.74	75, 196
18.XI.75	76, 110
14.I.75	76, 34
22.I.75	75, 309
23.I.75	76, 54
29.I.75	75, 328
2.VI.75	76, 233
17.VI.75	76, 189
7.VII.75	76, 239

15.VII.75	76,117
14.XI.75	76,250
13.XII.75	77,147
16.XII.75	76,193
28.IV.76	77,151
4.V.76	76,261
8.V.76	77,175
16.VI.76	77,269
25.XI.76	77,344
3.V.77	78,28
22.XI.77	78,461
20.XII.77	78,476
27.I.78	78,527
13.III.78	79,339
31.III.78	29,457
29.V.78	79,457
29.V.78	79,221
6.VI.78	79,230
2.VII.78	78,538
17.VII.78	79,241
10.X.78	79,352
15XI.78	80,69
12.XII.78	80,489
13.XII.78	79,359
22,XII.78	79,266
1.II.79	80,97
15.III.79	79,501
13.IV.79	79,381
15.V.79	80,73
19.VI.79	79,487
9.VII.79	80,78

16.X.79	80,101
5.II.80	80,519
21.II.80	80,524
28.II.80	80,538
18.III.80	80,496.

ESPAÑOLA

4.V. 1878
26.V. 1888
20.III. 1889
20.V. 1889
19.VI. 1891
13.VI. 1892
4.XI. 1899
10.XI. 1903
12.II. 1904
3.X. 1908
15.II. 1904
3.X. 1908
15.II. 1909
10.XII. 1912
21.IV. 1915
10.IV. 1917
25.III. 1919
21.II. 1920
27.IV. 1920
10.VI. 1920
4.X. 1921
28.X. 1921
6.IV. 1922
12.XI. 1923
7.VII. 1924
8.XII. 1925
23.IV. 1927
28.IV. 1927
31.V. 1927
24.VI. 1927
7.III. 1928

27. I. 1933
16. XI. 1933
11. V. 1934
2. VII. 1935
5. X. 1935
19. X. 1935
4. I. 1936
16. V. 1. 936
24. IV. 1941
24. V. 1941
24. III. 1942
2. X. 1942
2. III. 1. 943
15. XI. 1943
24. XI. 1943
17. VI. 1944
22. IX. 1944
30. I. 1945
23. III. 1945
21. VI. 1946
20. X. 1946
21. I. 1947
24. III. 1947
9. VI. 1947
20. VI. 1947
2. VI. 1948
30. XII. 1. 948
14. I. 1950
31. I. 1950
30. III. 1950.

1.VII. 1950
8.V. 1951
27.I. 1953
27.II. 1954
3.III. 1954
21.XII. 1955
15.X. 1956
27.XII. 1956
19.II. 1957
5.V. 1958
20.XI. 1958
2.II. 1959
17.III. 1959
30.IV. 1959
17.III. 1959
30.IV. 1959
23.II. 1960.
23.XI. 1960.
5.X. 1961
6.II. 1962
28.II. 1962
27.IV. 1962
4.V. 1962
17.V. 1962
7.III. 1963
10.IV. 1963
16.IV. 1963
27.IX. 1963
28.X. 1963
15.XI. 1963
21.XI. 1963
27.XI. 1963

2. I. 1964
13. VI. 1964
26. IX. 1964
2. III. 1965
10. XII. 1965
7. II. 1966
17. III. 1966
17. V. 1966
1. VI. 1966
16. VI. 1968
11. X. 1968
5. VII. 1969
11. XI. 1969
11. II. 1970
19. XI. 1970
22. X. 1970
16. III. 1971
28. VI. 1971
31. I. 1972
28. VI. 1973
28. II. 1974
28. VI. 1974
3. V. 1975
21. V. 1975
30. V. 1975
4. VII. 1975
10. III. 1977
15. III. 1979
11. X. 1979
11. III. 1981

INDICE

INTRODUCCION

PAG

1. NATURALEZA Y CARACTERES DEL ARBITRAJE

- . Ventajas e inconvenientes del proceso judicial (nº. 1) - - - - - 2
- . Naturaleza del arbitraje (nros 2 a 5) - - - - - 7
- . Caracteres de la jurisdicción arbitral (nº. 6) - - - - - 15

2. LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN EL ORDENAMIENTO ARBITRAL ESPAÑOL

- . El ordenamiento arbitral español (nº. 7) - - - - - 17
- . Relaciones entre la Ley de 22 de Diciembre de 1,953 y las Convenciones (nº. 8) - - - - - 18
- . Reconocimiento de la cláusula compromisoria en la Convención de Nueva York y en la Convención de Ginebra (nº. 9) - - - - - 21
- . Reconocimiento de la cláusula compromisoria en la Ley de 22 de Diciembre de 1,953 (nº. 10) - - - - - 22

3. CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL E INTERNA: AMBITO DE APLICACION -

- DEL DERECHO CONVENCIONAL Y DEL DERECHO INTERNO DE ARBITRAJE (nros. 11 y 12) - - - - - 25

CAPITULO PRIMERO :

CONCEPTO Y NATURALEZA

1. CONCEPTO .

- . Según el Derecho Convencional (nº. 13) - - - - - 27
- . Distinción entre compromiso y cláusula compromisoria - - - - - 28
 - . En el Derecho Convencional (nº. 14)
 - . En el moderno Derecho interno de arbitraje (nº. 15)
- . Modalidades de cláusula compromisoria (nº. 16) - - - - - 30
- . Terminología (nº. 17) - - - - - 30

2. NATURALEZA

- . La cláusula como contrato (nros. 18-19-20) - - - - - 30

. La cláusula como contrato procesal (nros. 21-22-23) - - - - -	32
. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria convencional (n.24)	37
. Normativa aplicable a la cláusula compromisoria interna (nº. 25)-	37
. Otras posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la cláusula — (nº. 26) - - - - -	38
. La cláusula compromisoria como precontrato - - - - -	40
. Posición moderna (nº. 27)	
. Derecho francés antiguo (nros. 28-29)	
. Derecho francés moderno (nº. 30)	
. Derecho interno español (nros. 31 a 51)	
. Definición (nº. 51) - - - - -	60
. Caracteres (nº. 52) - - - - -	60
3. FUNDAMENTO (nros. 54-55-56) - - - - -	60
4. ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON LA CLAUSULA DE SUMISION	
. La cuestión en el arbitraje interno (nros. 57 a 63) - - -	63
. El problema en el arbitraje internacional privado (nº. 64)	67
. Diferencias entre la cláusula de sumisión y la cláusula <u>com</u> promisoria (nros. 65 y 66) - - - - -	68
5. ORDEN PUBLICO PROCESAL Y CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL (nº.67)	69
6. LEY APLICABLE A LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL	
. Introducción (nº. 68) - - - - -	70
. El problema de la Ley única o la pluralidad de Leyes aplicables al/ arbitraje (nº. 69) - - - - -	71
. Ley aplicable (nros. 70-71-72-73-74) - - - - -	73

CAPITULO SEGUNDO :

LAS PARTES

1. LAS PARTES

. Capacidad para ser parte (nº. 75) - - - - -	80
. Capacidad de las personas físicas (nº. 76)	
. Capacidad de las personas jurídicas (nº. 77)	

- . La sociedad irregular (nº. 78)
- . Uniones sin personalidad (nº. 79)
- . Patrimonios independientes (nº.80)
- . Capacidad procesal (nº. 81) - - - - - 84
 - . Comparecencia en juicio de personas físicas (nº. 82)
 - . Comparecencia en juicio de personas jurídicas (nº. 83)
 - . Suplencia e integración de la capacidad procesal (nº. 84)
 - . Representación legal (nros. 85 a 88)
 - . Limitaciones de la representación legal (nº.89)
 - . Representación necesaria (nros.90 1 92)
 - . Problema de la masa de la quiebra (nros.93 a 97)
 - . Problema del liquidador de una sociedad (nº.98)
 - . Representación voluntaria (nros. 99 a 101)
- . Legitimación - - - - - 99

- . Legitimación directa : las partes en la cláusula compromisoria deben tener la libre disposición de sus bienes (nros. 102 a 108)
- . Legitimación indirecta (nº. 109)
 - . Sucesión a título universal (nº. 110 y 111)
 - . Intervención de terceros (nº. 112)
 - . Acción pauliana (nros. 113 y 114)
 - . Fianza (nros. 115 y 116)
 - . Otros supuestos (nros. 117 y 118)
 - . Subcontratación (nros. 119 y 120)
 - . Solidaridad (nº. 121)
 - . Cesión de créditos (nros. 122-123)
 - . Modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor (nº. 124)
 - . Cesión de un contrato (nros. 125 a 128)

. Llamada en garantía (nº. 129)

. Intervención voluntaria (nº. 130)

2. LEY APLICABLE A LAS PARTES EN LA CLAUSULA CONVENCIONAL

. Personalidad y capacidad del extranjero (nros. 131 a 135) - - - - 110

. Capacidad procesal (nros. 136 a 142) - - - - - 112

3. EL ESTADO, PARTE EN LA CLAUSULA COMPROMISORIA

. Introducción (nº. 143) — - - - - 117

. El estado de la cuestión en el Derecho interno francés (nº. 144) - 118

. La cuestión en el Derecho interno español (nº. 145) - - - - - 119

. Derecho Comparado (nros. 146 y 147) - - - - - 122

. La cuestión en el Arbitraje comercial internacional - - - - - 123

. Jurisprudencia francesa francesa (nros. 148 a 151)

. Jurisprudencia española (nº. 152)

. Congreso de Rotterdam de 1.966 (nº. 153)

. Derecho Convencional (nros. 154 a 159)

CAPITULO TERCERO :

EL CONSENTIMIENTO

1. CONCEPTO (nros. 160 a 161) - - - - - 128

2. FORMACION DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA (nros. 162 a 167) - - - - - 128

3. CUESTIONES REFERENTES A LA FORMACION DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

. Firma (nº. 167 a 173) - - - - - 130

. Aceptación tácita (nros. 174 a 180) - - - - - 135

. Silencio de las partes (nros. 181 a 186) - - - - - 138

. Contratos que dependen unos de otros (nros. 187 a 188) - - - - - 143

. Aceptación de la cláusula compromisoria en el conjunto de relaciones
jurídicas continuadas entre las partes (nº. 189 a 192) - - - - - 144

. Condiciones general (nros. 193 a 199) - - - - - 146

. Contratos en favor de un tercero (nros. 200 y 201) - - - - - 150

CAPITULO CUARTO :

EL OBJETO

1. DERECHO INTERNO ITALIANO (nros. 202 a 222) - - - - -	151
2. DERECHO INTERNO ESPAÑOL	
. Son controversias (nros. 223,224,225) - - - - -	157
. Son controversias de Derecho Privado (nros. 226 a 232) - - - - -	157
. Objeto sobre el cual las partes tienen la libre disposición (nros. - 233 a 242) - - - - -	160
. Cuestiones particulares - - - - -	162
. Acción civil derivada de un delito (nros. 243, 244, 245)	
. Derechos de la personalidad (nros. 246, 247, 248)	
. Las buenas costumbres y la moral (nº. 249)	
. El orden público (nros. 250 a 257)	
. Cosas fuera del comercio (nros. 258 a 261)	
. Litigios en los que intervenga el Ministerio Fiscal (nros. 262 a 266)	
. Atribución imperativa de jurisdicción (nros. 267 a 273)	
3. EL OBJETO EN EL DERECHO CONVENCIONAL	
. Introducción (nº. 274) - - - - -	171
. El objeto como presupuesto de validez de la cláusula compromisoria — (nros. 275 a 278) - - - - -	171
. El objeto como presupuesto de reconocimiento o ejecución de la <u>senten</u> cia arbitral (nros. 279,280,281) - - - - -	172
. Concepto de " comercial" en el Derecho interno español a los efectos/ del reconocimiento o ejecución del laudo arbitral (nros. 282 a 302)	172
. Anulación de la sentencia y arbitrabilidad del litigio (nros. 303,a 304) - - - - -	178
. Orden público y arbitrabilidad (nros. 305, 306, 307) — - - - -	179

CAPITULO QUINTO :

CAUSA, FORMA Y PRUEBA, INTERPRETACION

PARTE PRIMERA : CAUSA (nº. 308) - - - - -	181
PARTE SEGUNDA : FORMA Y PRUEBA	
1. CONCEPTO (nº. 309) - - - - -	181
2. FORMA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA INTERNA	
. Según la Ley de 22.XII.53 (nros. 310 a 314) - - - - -	181
. Pacto compromisorio escrito (nros. 315 a 322) - - - - -	182
. Cláusula compromisoria impresa, mecanografiada y ológrafa (nros. - 323, 324) - - - - -	186
. Prueba (325,326) - - - - -	189
3. FORMA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONAL	
. Según el Convenio de Ginebra (nros. 327, 328) - - - - -	190
. Según el Convenio de Nueva York (nros. 329 a 333) - - - - -	191
. Problema del art. VII.1 del Convenio de Nueva York y la Ley interna arbitral española (nros. 334-335) - - - - -	193
. Orden público y forma (nros. 336 a 339) - - - - -	194
. Ley aplicable a la forma (nros. 340,341) - - - - -	196
PARTE TERCERA : INTERPRETACION (nros. 342, a 369) - - - - -	197

CAPITULO SEXTO :

DECLINATORIA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

ARBITRAL

1. PLANTEAMIENTO (nros. 370-371) - - - - -	209
2. "KOMPETENZ-KOMPETENZ "	
. Introducción (nros. 372 a 387) - - - - -	210
. En la práctica arbitral internacional (nros. 388) - - - - -	215
. En el Derecho Comparado (nros. 389 a 394) - - - - -	216
. En el Derecho Convencional (nros. 395 a 406) - - - - -	218
. En el Derecho interno (nº. 407) - - - - -	223

3. AUTONOMIA DE LA CLAUSULA

. Introducción (nº. 408) - - - - -	224
. Sustancial (nros. 409 a 434) - - - - -	224
. Conflictual (nros. 435 a 463) - - - - -	233

CAPITULO SEPTIMO :

CONTENIDO DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

1. INTRODUCCION (nros. 464, 465) - - - - -	244
2. DERECHO CONVENCIONAL	
. Contenido necesario (nros. 466 a 471) - - - - -	244
. Contenido facultativo - - - - -	247
. Introducción (nros. 472, a:474)	
. Pactos sobre el tipo de arbitraje (nros. 475 a 479)	
. Clausula arbitral ad hoc ideal (nº. 480)	
. Pactos preliminares (nros. 481 a 484)	
. Pactos sobre la composición del Tribunal Arbitral .	
. Prescripción y clausula compromisoria (nros. 491, 492)	
. Anulación del laudo (nº. 493)	
. Orden público interno y constitución del Tribunal Arbitral (nros. 494, 496)	
. Arbitraje ex parte (nº. 497)	
. Pactos sobre el procedimiento arbitral	
. Principios procesales (nº. 498 a 501)	
. Sobre el lugar de arbitraje (nros. 502,503)	
. Sobre el idioma (nº. 504)	
. Fijación del objeto del litigio: demanda y contestación (nros. 505 a 509)	
. Sobre la delinatoria de la competencia del Tribunal Arbitral (nº. 510)	

- . Sobre otros escritos (nº. 511)
- . Sobre plazos (nº. 512)
- . Sobre pruebas y audiencias (nros. 513 a 515)
- . Sobre medidas provisionales de protección (nros. 516 a 518)
- . Sobre peritos (nros. 519, 520)
- . Sobre rebeldía (nº. 521 a 523)
- . Sobre cierre de las audiencias (nº. 524)
- . Pactos sobre el laudo .
 - . Sobre decisiones (nº. 525)
 - . Sobre formas y efectos del laudo (nº. 526)
 - . Problema del laudo firme (Nº. 527, 528)
 - . Motivación (nros. 529, 530)
 - . Firma (nº. 531)
 - . Publicidad (nº. 532)
 - . Otras disposiciones (nº. 533)
 - . Sobre la ley aplicable (nº. 534)
 - . Sobre transacción u otros motivos de conclusión - del proceso (nº. 535)
 - . Sobre interpretación y rectificación del laudo (— nº. 536)
 - . Sobre costas (nros. 537 a 539)

3. DERECHO INTERNO

- . Contenido necesario (nº. 540, 544) - - - - - 272
- . Contenido facultativo - - - - - 276
 - . Introducción (nros. 545 a 547) - - - - -
 - . Pacto sobre arbitraje administrado (nros. 548, a 550)
 - . Pacto sobre designación de árbitros (nº. 551)
 - . Pactos sobre las normas de procedimiento
 - . Introducción (nº. 552)

- . Pactos lícitos (nº. 553)
- . Pactos ilícitos (nº. 554)
- . Otros pactos (nº. 555)
- . Conclusión (nº. 556)

CAPITULO OCTAVO:

CLAUSULA COMPROMISORIA INSUFICIENTE

1. PROCESO DE FORMALIZACIÓN JUDICIAL DEL COMPROMISO:

- . Inreducción y antecedentes (nros. 557 a 574) - - - - - 281
- . Proceso de formalización judicial del compromiso - - - - - 288
 - ..Naturaleza (nros. 575 a 579)
 - . Competencia, representación y defensa (nº. 580)
 - ..Fase de alegaciones (nros. 581)
 - . Fase de conclusión (nros. 582 a 588)
 - . ¿Es necesaria la escritura pública ? (nros. 589 a 594)
 - . Costas (nº. 595)
 - . Recursos (nros. 596 a 599)

2. SISTEMA PREVISTO EN EL ART IV DEL CONVENIO DE GINEBRA (nros. 600 a —
615) - - - - - 297

CAPITULO NOVENO :

EFECTOS

- 1. EFECTOS POSITIVOS (nros. 616 a 621) - - - - - 307
- 2. EFECTOS NEGATIVOS
 - . Introducción (nº. 622) - - - - - 309
 - . La excepción de arbitraje en el Derecho Convencional - - - - - 309
 - . Introducción (nros. 623, 624)
 - . Convenio de Nueva York (nros. 625 a 631)
 - . Convenio de Ginebra
 - . Cuestiones que regula (nº. 632)
 - . La excepción de arbitraje (Nros. 633 a —
638)

- . La suspensión del proceso interno (nros. 639 a 644)
- . La excepción de arbitraje en el Derecho interno - - - - - 319
 - . Antes de la Ley de 22 de Diciembre de 1.953 - (nros. 645 a 648)
 - . En la Ley de 22 de Diciembre de 1.953 (nros. 649 a 655)
 - . Conclusiones (nº. 656)

CAPITULO DECIMO :

NULIDAD. EXTINCION

PARTE PRIMERA : NULIDAD

- 1. CLAUSULA COMPROMISORIA CONVENCIONA (nros. 657, 658) - - - - - 325
- 2. CLAUSULA COMPROMISORIA INTERNA - - - - - 327
 - . Derecho griego (nros. 659 a 663)
 - . Nuevo Derecho francés (nº. 664)
 - . Ley uniforme europea sobre el arbitraje (nº. 665)
 - . Derecho interno español.
 - . Acción de nulidad (nros. 666 a 669)
 - . Proceso de formalización judicial del compromiso (nros. 670 a 673)
 - . Recursos contra el laudo (nros. 674 a 678)
 - . Derecho italiano (nros. 679 a 682)

PARTE SEGUNDA : EXTINCION

- 1. INTRODUCCION (nros. 683 a 690) - - - - - 336
- 2. CAUSAS DE EXTINCION - - - - - 339
 - . Renuncia tácita (nros. 691 a 700)
 - . Contrato posterior de las partes (nros. 701, 702)
 - . Terminación del plazo (nº. 703)
 - . Causas relativas a los árbitros (nº. 704)
 - . Desaparición del objeto del litigio (nros. 705, 706)

• Confusión (nº. 707)

• Otras causas (nros. 708, 709)

• CONCLUSIONES	-----	346
• BIBLIOGRAFIA	-----	350
• JURISPRUDENCIA	-----	381
• ITALIANA	-----	381
• FRANCESA	-----	387
• ESPAÑOLA	-----	395